

**TENSIONES Y PRÁCTICAS EN LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD:
IMPRESCRIPTIBILIDAD VS. LEGALIDAD EN COLOMBIA**

**OMAR HUERTAS DÍAZ
JUVAL ANTONIO VÁSQUEZ SIMBAQUEBA
HÉCTOR ALIRIO BOHÓRQUEZ SUÁREZ**

**UNIVERSIDAD LIBRE
FACULTAD DE DERECHO
INSTITUTO DE POSGRADOS
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
BOGOTÁ D.C., JUNIO DE 2010**

**TENSIONES Y PRÁCTICAS EN LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD:
IMPREScriptIBILIDAD VS. LEGALIDAD EN COLOMBIA**

**TENSIONES Y PRÁCTICAS EN LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD:
IMPREScriptIBILIDAD VS. LEGALIDAD EN COLOMBIA**

**MONOGRAFÍA PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL**

**OMAR HUERTAS DÍAZ
JUVAL ANTONIO VÁSQUEZ SIMBAQUEBA
HÉCTOR ALIRIO BOHÓRQUEZ SUÁREZ**

ASESOR ALFONSO DAZA GONZÁLEZ

**UNIVERSIDAD LIBRE
FACULTAD DE DERECHO
INSTITUTO DE POSGRADOS
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
BOGOTÁ D.C., JUNIO DE 2010**

TENSIONES Y PRÁCTICAS EN LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD:
IMPREScriptIBILIDAD VS. LEGALIDAD EN COLOMBIA

Nota de aceptación:

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Abreviaturas

ART	Artículo
ARTS.....	Artículos
CN	Constitución Nacional
CP	Código Penal
CPI	Corte Penal Internacional
ER	Estatuto de Roma
ONU	Organización de Naciones Unidas
P.....	Página
Párr.	Párrafo
Pp.....	Páginas
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

Índice

Introducción	7
---------------------	----------

Capítulo 1

El principio de Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad

1.1. Referente histórico

<i>1.1.1. Núremberg</i>	22
<i>1.1.2. Lejano Oriente</i>	32
<i>1.1.3. Ex Yugoslavia</i>	33
<i>1.1.4. Ruanda</i>	37

1.2. Marco teórico y jurídico

<i>1.2.1. Crímenes de lesa humanidad</i>	38
<i>1.2.2. Imprescriptibilidad</i>	48

Capítulo 2

El principio de Legalidad en el Derecho penal Internacional y Nacional

2.1. Referente histórico y Marco teórico	57
2.2. Jurisprudencia	65

Capítulo 3

Tensiones entre los principios de imprescriptibilidad y legalidad en la práctica de los delitos de lesa humanidad: panorama colombiano

3.1. Principio de Imprescriptibilidad en Colombia	70
3.2. Principio de Legalidad en Colombia	101
3.3. Tensiones de los principios de imprescriptibilidad y legalidad de los crímenes de lesa humanidad en la práctica jurídica colombiana	106
Conclusiones	108
Bibliografía	110

Introducción

La figura de la responsabilidad penal internacional del individuo aparece estrechamente vinculada a la posición que la persona humana ocupa en el derecho internacional. Hoy en día, como consecuencia del proceso de humanización que ha experimentado el derecho internacional contemporáneo, especialmente, a partir de la Segunda Guerra Mundial, se reconoce una cierta subjetividad del individuo en el plano internacional (Carillo J. A., 1999). De manera que, si bien la persona humana no es un sujeto normal de las relaciones regidas por el derecho internacional, puede llegar a serlo excepcionalmente, cuando las normas internacionales le confieran derechos y obligaciones, y más ocasionalmente todavía, una legitimación para ejercerlos por sí misma.

Se trata pues de una subjetividad de alcance limitado y en nada comparable a la de los Estados, sujetos primarios originarios del derecho internacional, mediante cuya voluntad se crean las normas internacionales que permiten reconocer la subjetividad del individuo en el plano internacional, y a través de cuya actuación, salvo supuestos excepcionales, se hacen efectivas para el individuo. De forma relevante, algunas de estas normas, referidas a una dimensión pasiva de dicha subjetividad, atribuyen consecuencias internacionales a los hechos delictivos de la persona humana individualmente considerada, es decir, establecen la responsabilidad penal del individuo (Lirola I. y Martín M., 2001, pp. 7-8).

Ciertamente, según el profesor Del Rosal, la responsabilidad individual internacional debe entenderse en el ámbito de «los sucesos de la cambiante realidad histórica, y frente a ellos no cabe más que una mirada panorámica» (Del Rosal J., 1950, p. 19). En este contexto, empieza a surgir una expresión polémica en la doctrina internacionalista, la de delito de Derecho internacional, que se configurará como sustituto del clásico *delictum iuris gentium*¹. La Comisión de Derecho internacional consagró la expresión delito de Derecho Internacional en 1950 con la formulación de los Principios de Núremberg²: dicha formulación plasmará las características básicas de esta figura a lo largo de siete principios (Rueda C., 2001, pp. 31-34).

- Principio I: Toda persona que cometa un acto constitutivo de *delito de Derecho internacional* es responsable del mismo y está sujeto a sanción.
- Principio II: El hecho de que el Derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya *delito de Derecho internacional* no exime de responsabilidad en Derecho internacional a quien lo haya cometido.
- Principio III: El hecho de que la persona que haya cometido un acto constitutivo de *delito de Derecho internacional* haya actuado como Jefe del

¹ Delitos de Derecho común que constituyen una infracción contra intereses generales protegidos por el Derecho internacional (Rueda C., 2001, p. 31).

² En la 123 sesión, celebrada el 21 de noviembre de 1947, la Asamblea General aprobó la Resolución 177 (II) por la que encargó a la Comisión de Derecho Internacional la formulación de «los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal Militar Internacional de Núremberg».

Estado o como autoridad del Estado, no la exime de responsabilidad conforme al Derecho internacional.

- Principio IV: Las órdenes superiores no pueden ser alegadas como eximentes si el acusado ha tenido la posibilidad moral de elección.
- Principio V: Toda persona acusada de un *delito de Derecho internacional* tiene derecho a un juicio imparcial sobre los hechos y sobre el derecho.
- Principio VI: Los delitos enunciados a continuación son punibles como *delitos de Derecho internacional*: Crímenes contra la paz [...]; Crímenes de guerra [...] y Crímenes contra la humanidad [...].
- Principio VII: La complicidad en la comisión de un delito contra la paz, de un delito de guerra o de un delito contra la humanidad, de los enunciados en el principio VI constituye asimismo *delito de Derecho internacional* (Blanc A., 1990, pp. 24-28).

De ahí el nacimiento del Derecho penal internacional que, de acuerdo a lo expresado en los párrafos anteriores, se ha concebido tradicionalmente como el conjunto de todas las normas de Derecho internacional que establecen consecuencias jurídico-penales. Se trata de una combinación de principios de Derecho penal y Derecho internacional. La idea central de la *responsabilidad*

individual y de la *reprochabilidad* de una determinada conducta (macrocriminal) proviene del Derecho penal, mientras que las clásicas figuras penales (de Núremberg), en su calidad de normas internacionales, deben clasificarse formalmente como Derecho internacional y someten de este modo la conducta en cuestión a una punibilidad autónoma de Derecho internacional (principio de la responsabilidad directa del individuo según el derecho internacional).

No obstante, para que se aprobara la creación de un tribunal penal internacional permanente que hiciera efectivos estos preceptos, se aunaron múltiples esfuerzos que se remontan al tiempo anterior a la Segunda Guerra Mundial. Pero sólo hasta 1998, entre el 16 de junio y el 17 de julio, Naciones Unidas convocó en Roma una conferencia internacional para la elaboración del estatuto de una corte penal internacional³. El objeto de las negociaciones fue el proyecto elaborado por el Comité Preparatorio (Proyecto Final de Estatuto para la CPI)⁴, que en 116 artículos con 1400 propuestas de enmiendas, y cerca de 200 opciones, preveía la creación de una corte penal internacional permanente.

Durante este proceso, las cuestiones jurídicas materiales, sobre todo la formulación de los tipos penales, probaron ser comparativamente poco controvertidas. También favoreció este acuerdo, el hecho de que, con los estatutos del Tribunal Militar Internacional, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, ya existían modelos

³ ONU Doc. A/RES/52/160 1997.

⁴ ONU Doc. A/CON S.183/2/Add.1 de 14 de abril de 1998.

probados por la práctica. No obstante, tampoco se alcanzó una total unanimidad en el ámbito de los tipos penales. Así, por ejemplo, los intentos de formular una definición del crimen de agresión no tuvieron éxito.

Finalmente, el 17 de julio de 1998 se adoptó en el pleno, con 120 votos a favor, el Estatuto de Roma⁵, el cual regula en 128 artículos el establecimiento de la Corte Penal Internacional (parte I), su composición, administración y financiación (partes IV, XI, XII), el procedimiento ante la Corte y la cooperación con la Corte (partes V a X). Además, especifica los crímenes de su competencia, y relaciona los principios generales de derecho penal (partes II y III).

Por tanto, el Estatuto es el documento central del derecho penal internacional. Formula los principios jurídicos [del sistema], desarrolla un novedoso derecho procesal (Werle G., 2005, pp. 67, 70-72, 74), y amplía el ámbito de regulación más allá de los fundamentos jurídico-materiales a otras zonas accesorias del Derecho Penal (Derecho sancionatorio, ejecución penal, cooperación internacional y asistencia judicial) y a cuestiones de organización judicial (Ambos K., 2006a, p. 20).

Ahora bien, como parte del ordenamiento jurídico internacional, el derecho penal internacional surge de las fuentes del derecho internacional⁶ (Werle G., 2005, p.

⁵ ONU Doc. A/CONF.183/9, 37 ILM (1998).

⁶ En el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, aceptado ampliamente como una lista de las fuentes de derecho internacional, dispone que: [...] La Corte, cuya función es decidir conforme a derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: (a) Las convenciones internacionales [...] (b) La costumbre

105). En efecto, la cuestión se complica dada la particularidad de las fuentes del Derecho internacional, puesto que no existe una autoridad legislativa y la principal (o única) fuente, es la propia voluntad de los Estados, para que surja una norma de Derecho penal internacional los Estados tienen que reconocerla como obligatoria.

Para TRIFFTERER no se debe exigir que la mayoría de los Estados reconozcan los tipos como obligatorios, y será útil distinguir entre Derecho penal internacional universal y regional. Por el contrario, JESCHECK exige que sean reconocidos por la mayoría de los Estados. Sin embargo, un auténtico Derecho penal internacional, más allá del reconocimiento por la mayoría de los Estados, ha de gozar del carácter de *ius cogens*⁷, es decir, exigir su reconocimiento como norma imperativa, por dos razones fundamentales:

- a) Han de poder aplicarse aun contra la voluntad de los Estados, ya que la mayoría de las veces se trata precisamente de conductas realizadas en el marco de una política estatal.
- b) Vinculan directamente a los ciudadanos de todo el mundo, con independencia de la voluntad del Estado al que pertenezcan (Gil A., 1999,

internacional [...] (c) Los principios generales de derecho [...] (d) Las decisiones judiciales [...] (Huertas O. y otros, 2008, p. 46).

⁷ De conformidad con el artículo 53 de la Convención de Viena sobre los Tratados se entiende por *ius cogens*, “una norma imperativa del derecho internacional general... aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter” (Ambos K., 1997, p. 239).

pp. 52-53).

Sin embargo, en relación con las *fuentes* del derecho penal internacional, particularmente, respecto a la fundamentación en el *derecho consuetudinario* de normas de derecho penal internacional, se plantean especiales dificultades en un doble sentido. Desde la óptica del *derecho penal* el principio del *nullum crimen* parece excluir la existencia de tipos penales no escritos fundados en la costumbre internacional (Triffterer O., 1966, p. 35 y ss.).

No obstante, conforme a los artículos 15 (2) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, 11(2) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 7 (2) de la Convención Europea de Derechos Humanos una conducta puede ser sancionada si era punible “según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional” (Ambos K., 1997, pp. 39 y ss.). Aquí, el concepto “principios de derecho” no se debe entender en el sentido del artículo 38 (1)(c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, sino en el de las reglas de Núremberg, por lo cual la regla aplicada debe tener “sin duda” el carácter de costumbre internacional (Triffterer O., 1999, p. 502).

En este contexto, desde la óptica del *derecho internacional* se presenta el problema de que la praxis de los Estados (*repetitio facti*), necesaria junto con un convencimiento jurídico general (*opinio juris*) para el nacimiento del derecho consuetudinario internacional, difícilmente se pueda fundamentar de cara a la

amplia extensión de la impunidad de las severas violaciones a los derechos humanos.

Este problema puede ser atendido mediante una más fuerte atenuación de los *principios generales del derecho*. Para lo cual, según la opinión preponderante en la actualidad, los principios generales del derecho se pueden fundamentar, también, en una valoración de conjunto del “soft law”⁸ internacional, como una especie de “opinio iuris sin concordancia con la práctica estatal”. En esta dirección argumenta en definitiva también el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (2000, párrafos 527 y ss.) cuando funda una prohibición fundamental de represalias en caso de ataques a civiles en el campo de batalla, esencialmente, en las “demandas de humanidad y dictámenes de conciencia pública, como manifestaciones de la opinio necessitatis”.

Tal comprensión moderna de los principios generales del derecho conduce a una asimilación de estos con el derecho consuetudinario internacional. Así pues, el derecho consuetudinario internacional es parte de las “normas” –artículo 21 (1)(b) del ER–, y los principios generales del derecho contienen una doble función: por un lado, como reglas supranacionales originarias colaborarían a la formación de la costumbre internacional o –según una comprensión moderna– a la de reglas de derecho internacional. Por otro, los principios generales del derecho en sentido tradicional, representarían una fuente autónoma –aunque de acuerdo con el

⁸ Dentro de este concepto entran, por ejemplo, las decisiones de los organismos internacionales no jurisdiccionales, los demostrables esfuerzos de codificación, las declaraciones de las conferencias diplomáticas, entre otros (Simma B, 1995, p. 153-256).

artículo 21 (1)(c) deben ser aplicados sólo subsidiariamente—, al ser útiles para la interpretación de un tratado y para colmar lagunas de regulación existentes (Ambos K., 2006b, pp. 36-38, 41).

Desde esta perspectiva, el artículo 21 del ER contiene una regulación especial para la determinación del derecho por la Corte Penal Internacional:

Artículo 21

Derecho aplicable

1. La Corte aplicará:

- a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba;
- b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados;
- c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos.

2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.

3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.

Al respecto, vale la pena indicar que en el derecho penal internacional se puede diferenciar entre mecanismos de aplicación directos e indirectos, según sean tribunales internacionales o tribunales nacionales los encargados de conocer de los crímenes de derecho internacional.

Hasta hace poco, el imperio del derecho penal internacional dependía, casi sin excepción, de mecanismos indirectos de aplicación. No existiendo un tribunal penal internacional permanente, la sanción de los crímenes de derecho internacional, si es que se producía, tenía lugar en los tribunales nacionales. En los casos en los que ha tenido lugar la aplicación directa del derecho penal internacional –sobre todo por medio de los Tribunales Militares Internacionales y los Tribunales *ad hoc* de Naciones Unidas– la competencia *ratione temporis*, *ratione loci* y *ratione materiae* de los tribunales ha estado estrictamente limitada.

Con la entrada en vigor del Estatuto de Roma el 1 de julio de 2002, y la institución de la Corte Penal Internacional, se dispone ahora de un foro permanente para la aplicación directa del derecho penal internacional. La Corte, sin embargo, no está concebida como una corte penal mundial con competencia universal, sino como un tribunal de emergencia y de reserva. El Estatuto de la CPI se guía por la valoración realista de que la aplicación directa del derecho penal internacional por la jurisdicción penal internacional continuará siendo la excepción, incluso tras el establecimiento de la CPI⁹.

El preámbulo del Estatuto afirma que en el caso de «crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto», «hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia». Al mismo tiempo recuerda «que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes de derecho internacional». En lo que se refiere a la relación entre la Administración de Justicia penal internacional y nacional rige por tanto, según el Estatuto, el principio de complementariedad, que puede explicarse someramente como la subsidiariedad de la Corte Penal Internacional.

De ahí que, la jurisdicción penal internacional no sustituye a la jurisdicción penal nacional, sino que la complementa, incluso en cuanto a los crímenes fundamentales del derecho internacional. Si un Estado investiga o persigue

⁹ Los límites de capacidad de la jurisdicción penal internacional se ponen de manifiesto de forma dramática en la actividad del TPIY. Desde la creación del Tribunal, éste tan sólo ha juzgado once personas; en el mismo tiempo se encuentran en las prisiones de Ruanda más de 120.000 inculcados en situación de «prisión preventiva».

adecuadamente un crimen de derecho internacional, la CPI no puede ejercer competencia sobre él. La determinación de la existencia de los parámetros requeridos por el Estatuto en cada caso concreto recae exclusivamente en manos de la propia Corte.

En este orden de ideas, es necesario mencionar que la CPI comenzó a trabajar en la Haya desde el 11 de marzo de 2003, y es competente para el enjuiciamiento de los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos desde el 1 de julio de 2002 en el territorio de uno de los Estados parte o por un nacional de un Estado parte (Werle G., 2005, pp. 138-141):

Artículo 11

Competencia temporal

1. La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto.
2. Si un Estado se hace Parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12.

Así, el fundamento del interés por la imprescriptibilidad en el ámbito del

ordenamiento internacional, encuentra su origen en la preocupación que suscitaba en la opinión pública mundial la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de Derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios.

De manera que, si en el ámbito doctrinal la prescripción no tenía un reconocimiento general, en el ámbito normativo el tema empezaría a ser tratado con posterioridad a la II Guerra Mundial. El principio no aparece en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, y fue años más tarde cuando el principio de imprescriptibilidad fue objeto de estudio tanto en el seno de las Naciones Unidas como en el del Consejo de Europa.

El resultado de estos trabajos fue la adopción de dos Convenciones internacionales al interior de organizaciones internacionales distintas que tuvieron como contenido fundamental el establecimiento del principio de imprescriptibilidad en relación a los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad (Rueda, C., 2001, p. 167). De esta forma, se aprobó en el plano universal la Convención de Naciones Unidas¹⁰ y en el plano regional la Convención del Consejo de Europa¹¹.

Al respecto, es pertinente señalar que si bien el Estatuto de la Corte Penal Internacional tiene como objetivo primordial, poner fin a la impunidad de los

¹⁰ Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, Resolución 2391 (XXIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 26 de noviembre 1968.

¹¹ Convención Europea sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, 25 de junio de 1974.

crímenes internacionales (arts. 5 a 8), y por primera vez ofrece una clara y consensual tipificación de estos crímenes, debe reconocerse que el Estatuto no es un *instrumento* dogmático e inflexible, sino *flexible* y *abierto* (Ambos K., 2006A, p. 28).

Desde esta perspectiva, debe considerarse la entrada en vigencia del ER, en particular, la aplicación del principio de legalidad que se relaciona con la garantía del derecho al debido proceso, en tanto es importante que los individuos tengan certeza de cuáles son las consecuencias jurídico penales que se derivan de sus actos, entre otras garantías que se ven comprometidas en estos eventos.

En efecto, teniendo presente lo expresado en los párrafos anteriores y, la situación problema que se origina al interior del ordenamiento jurídico colombiano, por el juzgamiento de acciones consideradas como crímenes de lesa humanidad, y cometidas con anterioridad al 1 de julio de 2002, se plantea la siguiente pregunta problema: ¿Cuáles son las tensiones y prácticas jurídicas que subyacen entre la imprescriptibilidad y la legalidad de los crímenes de lesa humanidad en Colombia?

Para dar respuesta a este cuestionamiento, se realizará una investigación iusfilosofica correlativa, esto es, un estudio sobre las tensiones que se dan en la práctica, entre los principios de imprescriptibilidad y legalidad de los crímenes de lesa humanidad dentro del ordenamiento jurídico colombiano, con el propósito de generar interpretaciones razonables sobre su relación y puntos de inflexión

(Centro de investigaciones sociojurídicas Universidad Libre, 2003). Así mismo, se hará una revisión cuidadosa y sistemática de los documentos (Toro I. y Parra R., 2010, p. 412) que se relacionen con la pregunta problema que se va a desarrollar, como por ejemplo, literatura sobre el tema, resoluciones de organizaciones internacionales, leyes, entre otros.

De esta forma, en el primer momento se elaborará un Estado del arte sobre la concepción, observancia y aplicación del principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad en el derecho penal internacional, mediante la consulta de los instrumentos internacionales, la doctrina y la jurisprudencia que versee sobre el tema.

Luego, en el segundo momento, se caracterizará la concepción, observancia y aplicación del principio de legalidad en el derecho penal internacional, a través de la exploración, estudio y análisis de las disposiciones convencionales, la doctrina y la jurisprudencia referente al asunto.

Por último, se trabajarán los principios de imprescriptibilidad y legalidad de los crímenes de lesa humanidad en Colombia, identificando las tensiones y aspectos jurídicos institucionales presentes en las sentencias de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia Sala Penal. Finalmente, se darán a conocer las conclusiones sobre el problema planteado.

Capítulo 1

El principio de Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad

1.1. Referente histórico

En el devenir histórico del desarrollo de la humanidad siempre se han presentado confrontaciones de tipo armado en las que se cometen graves excesos, los cuales con el paso de los años han quedado grabados en la conciencia colectiva de la sociedad (Penagos S. y Sánchez J., 2007). De ahí la importancia de hacer un breve recuento de estos eventos, para introducir referentes históricos que permitan fundamentar el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad en el derecho penal internacional.

1.1.1. Núremberg

Tras la primera guerra mundial, las fuerzas aliadas exigieron la entrega de unas 900 personalidades para ser juzgadas por crímenes de guerra. A la cabeza de la lista estaban el káiser Guillermo II, el canciller Von Bethmann Hollweg, el gran almirante Von Tirpitz, el almirante Scheer, el mariscal Von Hindenburg y el general Ludendorff. Éstos debían justificarse en un proceso criminal internacional, de acuerdo a lo establecido en los artículos 227-230 del tratado de Versalles firmado por el gobierno Weimar.

Sólo con enérgicas protestas consiguió el gobierno alemán retrasar la entrega que finalmente se redujo a 45 hombres. Además, los Países Bajos rechazaron la entrega del káiser, y más tarde los aliados aceptaron llevar a cabo los procesos ante el *Reichsgericht* en Leipzig. Los procesos de Leipzig empezaron el 23 de mayo de 1921 y concluyeron el 16 de julio de 1921. Algunos oficiales de submarino fueron condenados por el hundimiento de los barcos hospitales británicos; se dictaron penas de cárcel por malos tratos a prisioneros de guerra aliados.

Las potencias vencedoras se quejaron de que no se impusiera ninguna sentencia de muerte y de que algunos de los acusados fueran absueltos; sin embargo, los procesos de Leipzig crearon un importante precedente, según el cual, los soldados que durante una guerra cometen delitos, pueden ser juzgados por sus actos tras su finalización. Ya no se daba por supuesta una amnistía general, como sucedió al terminar la guerra de los Treinta Años en la Paz de Münster y Osnabrück. También quedaba superado el artículo 3 de la Cuarta Convención de La Haya de 1907, el cual consignaba que sólo los Estados eran responsables de los delitos de sus soldados; por ello, parecía haberse establecido el principio de responsabilidad personal.

Veinte años después, cuando la segunda guerra mundial desolaba Europa, cobraba de nuevo actualidad la cuestión de las responsabilidades por delitos de guerra. Ya en la declaración de Saint James del 13 de enero de 1942, los aliados

establecieron «como uno de sus principales objetivos de guerra el castigo de los responsables de los crímenes, y ya en sentido jurídico, si los afectados eran únicos culpables o corresponsables de esos crímenes, si habían actuado por orden o por su propia responsabilidad o si habían participado solo en ellos». En octubre de 1943 diecisiete países que sostenían la guerra contra Alemania formaron la United Nations War Crimes Commission.

Luego se adoptó la declaración de Moscú del 30 de octubre de 1943 «relativa a la responsabilidad de los partidarios de Hitler por los abominables hechos cometidos», en la que las grandes potencias no dejaron ninguna duda de que se celebrarían procesos criminales. Sin embargo, las concepciones jurídicas soviéticas y anglosajonas no coincidían completamente. Durante la Conferencia de Teherán (28 de noviembre al 1 de diciembre de 1943) Stalin exigió el fusilamiento sumario de 50.000 militares, políticos y simpatizantes alemanes; esa idea fue enérgicamente rechazada por Churchill (1985), y frente a la exigencia de «fusilar a todos los culpables», los aliados occidentales manifestaron su preferencia por cualquier procedimiento jurídico.

Pocas semanas después la Unión Soviética, sin colaboración de otros aliados, inauguró el llamado proceso de Járkov, primer proceso público por los crímenes de guerra contra alemanes. Se acusó a tres soldados alemanes apreciados por Stalingrado, y se les imputó haber cometido asesinatos entre la población rusa utilizando vehículos para gasear. El proceso empezó el 16 de diciembre de 1943 y

terminó el 18, con sentencias de muerte ejecutadas en la horca el 19 en una plaza pública de Járkov.

No obstante, los Estados Unidos tomaron la iniciativa de constituir un tribunal conjunto de las potencias vencedoras. El 2 de mayo de 1945 el nuevo presidente de los Estados Unidos, Harry Truman, nombró al juez del tribunal federal Robert Jackson como plenipotenciario para las negociaciones con las otras grandes potencias y fiscal jefe por parte de la nación norteamericana. En su informe al presidente del 6 de junio de 1945, Jackson presentó el plan para el principal proceso de Núremberg y desarrolló los puntos de la acusación y los problemas jurídicos básicos.

En el apartado 7 del protocolo de Postdam las potencias vencedoras confirmaban su intención «de conducir a los criminales alemanes ante una jurisdicción rápida y segura, esperando que las negociaciones de Londres conduzcan a un rápido acuerdo, que sirva a este fin, y considerando asunto de máxima importancia que empiece cuanto antes el proceso contra estos grandes criminales». Poco después, Jackson posibilitó la conclusión del Convenio de Londres del 8 de agosto de 1945, escogió a Núremberg como lugar para el primer proceso, y como jefe de autoridad acusadora internacional, hizo los preparativos técnicos. Al Convenio de Londres se adhirieron 19 gobiernos. Sólo faltaron dos Estados entre los enemigos de guerra de Alemania: Canadá y Suráfrica (Demandt A., 1993, pp. 236-238).

De esta forma, la creación del Tribunal militar internacional suscitó no pocas dificultades de orden moral y jurídico, material y diplomático. Basta leer *Le Monde* del 18 de noviembre de ese año, para hacerse cargo del problema moral que planteaba la constitución de un Tribunal de este tipo. En su sección del Extranjero, el periódico francés comentó:

«Siempre hubo crímenes de guerra, que generalmente no fueron castigados sino con represalias. Estos procesos de ahora se inspiran pues en un principio nuevo: el de que, en tiempos de guerra, ciertos actos reprobados por la moral tienen que ver también con la justicia, y merecen sanciones ejemplares. No podemos por menos que adherirnos a ese principio, que señala un progreso de la conciencia universal, y cuya aplicación podría intimidar, hasta cierto punto, a los criminales futuros. Sin embargo, hay que convenir que ese hecho suscita muchas dificultades.

La primera reside en la misma definición del crimen de guerra. Sería relativamente fácil si por tal se entendieran los actos contrarios a la humanidad, no justificados por las necesidades de la guerra. En esa categoría se incluyen los suplicios y los asesinatos de los campos de concentración, las ejecuciones en masa de algunos grupos de población, como judíos, polacos, ucranianos..., las órdenes feroces de ciertos jefes militares, como la destrucción de Oradour.

No obstante, el proceso de Núremberg abarcará otros casos de naturaleza distinta. Ya se sabe que los acusados son los más altos personajes del Tercer Reich, tanto civiles como militares.

TENSIONES Y PRÁCTICAS EN LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD:
IMPREScriptIBILIDAD VS. LEGALIDAD EN COLOMBIA

A veces se les inculpará de crueldades injustificables, como a los vulgares verdugos de Dachau y demás campos, pero también se les imputarán otros crímenes. Porque además se ha decidido examinar la *responsabilidad* de la guerra, y procesar como autores a quienes con sus consejos y su influencia, contribuyeron a que estallase.

Esa es, no hay por qué disimularlo, una innovación llena de cepos jurídicos (Michal B., 1973, pp. 22-23).

En este orden de ideas, el mencionado Estatuto puede caracterizarse como el acta de nacimiento del derecho penal internacional; la principal declaración del Estatuto es la siguiente: «los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad fundamentan su punibilidad directamente en el derecho internacional». Este enfoque era revolucionario: por primera vez se perseguía efectivamente a personas como consecuencia de su responsabilidad en crímenes de derecho internacional; de forma efectiva, estarían sujetos a responsabilidad penal.

Ahora bien, en cada zona de las cuatro en que fue dividida Alemania, actuaron Tribunales independientes con legislación propia, tanto adjetiva como sustantiva. El Consejo de Control de Alemania, por medio de la ley número 10, autorizó a los comandantes militares de las respectivas zonas a designar Tribunales para el castigo de las personas responsables de «crímenes de guerra, crímenes contra la

TENSIONES Y PRÁCTICAS EN LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD:
IMPREScriptIBILIDAD VS. LEGALIDAD EN COLOMBIA

paz y crímenes contra la humanidad», las tres categorías establecidas fundamentalmente, pero con suficiente elasticidad, por la Carta de Núremberg.

De acuerdo con los términos de la misma, el brigadier general Taylor (Estados Unidos) formó una lista de varios millares de acusados. Esta lista fue sujeta a revisiones reiteradas, quedando reducido el número de los acusados a 570, que fueron recluidos en prisión. A fines de 1947 se habían seleccionado 185 casos, y para juzgarlos se nombraron 12 Tribunales compuestos cada uno de tres oficiales. De estos 185 casos, sólo 177 individuos fueron sometidos a juicio. El 14 de abril de 1949 terminaron los trabajos de estos Tribunales y los resultados fueron los siguientes:

Condenados a muerte	24
A prisión perpetua	20
A penas privativas de la libertad de menor duración	98
Absueltos	<u>35</u>
Total	177

Por otro lado, para juzgar a los criminales de guerra alemanes en la zona inglesa se siguió un procedimiento totalmente diferente. El Royal Warrant de 14 de junio de 1945 limitó los crímenes de competencia de los Tribunales a las «infracciones de las leyes y usos de la guerra»; los crímenes contra la paz y contra la humanidad quedaron fuera. De esta manera, los resultados del juicio fueron:

TENSIONES Y PRÁCTICAS EN LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD:
IMPREScriptIBILIDAD VS. LEGALIDAD EN COLOMBIA

Condenados a muerte	230
A prisión perpetua	24
A penas privativas de la libertad de menor duración	423
Absueltos	<u>260</u>
Total	937

En la zona francesa, de acuerdo con la ley número 10 y otras disposiciones adoptadas por las autoridades de ocupación fueron juzgadas 2027 personas, con el siguiente resultado:

Condenados a muerte	101
A prisión perpetua	44
A penas privativas de la libertad de menor duración	1235
Absueltos	<u>404</u>
Total	2027

Respecto a los juicios celebrados en la zona soviética, no se tienen cifras puntuales. Los acusados sometidos a juicio se contaron por decenas de millares; las ejecuciones sin juicio fueron numerosas, y aquellos que escaparon con vida fueron condenados a trabajos forzados (Martínez J., 1955, pp. 13-15).

Desde esta perspectiva, es importante indicar que la valoración jurídica y política del actuar de las Potencias vencedoras tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, continuó siendo un foco de controversia. Así, las dos objeciones principales frente al modelo de Núremberg se refieren, por un lado, a su legitimidad política, y por el otro, a su legitimidad jurídica.

Los reproches de una «justicia de los vencedores» se alimentaron sobre todo de la circunstancia de que jamás se llevaron a cabo juicios penales por los crímenes de guerra cometidos por los Aliados: se presentaba el interrogante de si los principales responsables de las Potencias del Eje debían comparecer ante un Tribunal por el hecho de haber iniciado y desarrollado una guerra de agresión, o por el solo hecho de haberla perdido. Desde un punto de vista jurídico, se criticó principalmente la violación de la prohibición de penas retroactivas, prohibición aceptada también en principio por el Tribunal Militar Internacional.

Las opiniones se dividen en torno al tema de si acaso todos los crímenes juzgados por el Tribunal Militar Internacional eran punibles en virtud del derecho internacional consuetudinario al tiempo de su comisión. De manera que, indiscutible resulta en primer lugar, el hecho de que el castigo de los crímenes de guerra tenía una segura base jurídica en el derecho vigente de la época en la que ocurrieron los hechos. Respecto a los crímenes de lesa humanidad, es evidente que los crímenes individuales allí mencionados –como el homicidio, las

detenciones ilegales, la tortura y la violación— eran punibles en prácticamente todos los ordenamientos jurídicos al tiempo de los hechos.

En este sentido, no era criticable la punibilidad de estos hechos en sí, sino su persecución como crímenes de lesa humanidad y la criminalización de las conductas directamente a partir del derecho internacional. Pero, frente a esta dificultad, podría fundamentarse el origen de la punibilidad de los crímenes de lesa humanidad en un principio general del derecho, como fuente reconocida del derecho internacional.

Las principales objeciones se dirigieron contra la penalización de los crímenes contra la paz. Si bien el Tribunal fundamentó de modo convincente la antijuricidad que desde el punto de vista del derecho internacional tenía la guerra de agresión, el salto desde esta antijuricidad (internacional) a su punibilidad hubiese sin embargo requerido de una mejor fundamentación. Sobre este punto, puede argumentarse que tradicionalmente en el derecho internacional bélico las infracciones más graves se han considerado punibles, sin que se hubiese declarado expresamente su punibilidad.

Finalmente, vale la pena mencionar que en Núremberg se llevó a cabo lo que fracasó tras la Primera Guerra Mundial. Desde entonces, la punibilidad de los injustos más graves pasó irrefutablemente a constituir parte del orden jurídico internacional (Werle G., 2005, pp. 53-56).

1.1.2. Lejano Oriente

La primera confirmación del derecho penal internacional aplicado en Núremberg tuvo lugar en el segundo proceso contra los principales responsables de crímenes de guerra de la Segunda Guerra Mundial, llevado a cabo en Tokio entre 1946 y 1948. El objeto del proceso fue la agresiva política de guerra de Japón hasta 1945. En efecto, fueron acusados los mandos directivos, políticos y militares; en total 28 antiguos generales y políticos japoneses.

De esta forma, la base jurídica para el juicio de Tokio en contra de los criminales de guerra fue un decreto del comandante en jefe de las fuerzas aliadas, Douglas MacArthur, de 19 de enero de 1946. Por este medio se instituyó el Tribunal y se estableció el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, el cual siguió los parámetros del Estatuto del Tribunal Militar. Su núcleo lo conformaban los tipos penales de Núremberg, es decir, crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.

Sin embargo, fueron expresadas las mismas objeciones contra los fundamentos jurídicos y la jurisprudencia del Tribunal Militar que en el juicio de Núremberg; el proceso finalizó con la condena de todos los acusados: junto a 7 condenas capitales, se dictaron 16 condenas perpetuas, una condena de prisión de 20 años y otra de 7 años.

1.1.3. *Ex Yugoslavia*

El Tribunal para ex Yugoslavia tuvo su origen en un conflicto bélico que se presentó a comienzos de la década de los 90 en el territorio de la República Socialista Federativa de Yugoslavia. Los enfrentamientos se iniciaron por el deseo del grupo étnico serbio liderado por (Slodovan) Milosevic de acceder al control del gobierno en la ex Yugoslavia, y terminaron convirtiéndose en un conflicto por lograr la escisión del territorio, y formar la gran Serbia. Así que, los serbios arremetieron contra las demás etnias siguiendo una política conocida como *limpieza étnica*.

En consecuencia, la transgresión de las normas del Derecho Internacional Humanitario y la comisión de actos que fueron calificados por las naciones como genocidas, hicieron que para finales de 1992 en este conflicto se hubieran perdido 50.000 vidas humanas y que 2.000.000 de personas estuviesen en situación de desplazamiento o refugio. Este accionar les permitió a los serbios ocupar el 70 por ciento del territorio de la antigua Yugoslavia.

Por tanto, estas aterradoras cifras hicieron que el Consejo de Seguridad actuando según lo establecido en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, interviniera en el asunto. En primer término dispuso el embargo económico y armamentista total a la antigua Yugoslavia, y el envío de tropas de las Naciones Unidas apoyadas por la OTAN a ese territorio. En segunda instancia, emitió la

Resolución 764¹² de 13 de junio de 1992(a), por virtud de la cual se pone de manifiesto que es necesario la adopción de medidas que sancionen directamente a los responsables.

En tercer lugar, el 13 de agosto, el Consejo de Seguridad expide la Resolución 771 (1992b), por la cual solicita a los Estados y organismos internacionales que hagan llegar a través del Secretario General de las Naciones Unidas, la información corroborada que tengan en su poder, sobre violaciones al Derecho Internacional Humanitario y transgresiones a los Convenios de Ginebra, que ocurrieron en el territorio de la ex Yugoslavia para que éste elabore un informe completo de la situación. En el mes de octubre, el Consejo solicita al Secretario General que constituya una Comisión de Expertos imparciales para que analicen dicho informe y presenten sus conclusiones.

De manera que, la conclusión a la que llegó dicha Comisión, luego de estudiar el documento establecido por mandato, fue que en territorio de ex Yugoslavia durante el desarrollo de las hostilidades se presentaron, además de asesinatos, torturas y violaciones, la depuración étnica. Estos hechos fueron considerados por la Comisión como violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario, por lo cual, sugirieron como recomendación final al Secretario General, que debería el Consejo de Seguridad o cualquier otro órgano de la Unión de Naciones constituir un tribunal *ad hoc*.

¹² Todas las partes tienen el deber de cumplir con las obligaciones impuestas por el derecho internacional humanitario, especialmente los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, y quienes cometan u ordenen la comisión de violaciones graves de los Convenios son considerados personalmente responsables de dichas violaciones.

El Consejo de Seguridad acata la recomendación y mediante la Resolución 808 de 23 de febrero de 1993 decide la creación de un Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, y solicita al Secretario General de las Naciones Unidas que elabore un documento en el que indique la manera de dar pronto y eficaz cumplimiento a la referida decisión. El 3 de mayo el Secretario General rinde su informe conforme la solicitud hecha por el Consejo de Seguridad en el que considera:

Para establecer un Tribunal Internacional normalmente se concertaría un tratado con arreglo al cual los Estados partes establecerían un Tribunal y aprobarían su estatuto. Ese tratado sería elaborado y aprobado por un órgano internacional competente (por ejemplo la Asamblea General o una conferencia convocada especialmente) y luego sería abierto a la firma y ratificación. Este método tendría la ventaja de permitir el examen y elaboración detallada de todas las cuestiones relativas al establecimiento del Tribunal Internacional. También permitiría que los Estados participantes en la negociación y concertación del tratado ejercieran plenamente sus derecho soberanos, especialmente el de decidir ser o no partes del tratado (Secretario General de las Naciones Unidas, 1993).

No obstante lo anterior, el Secretario General consideró como desventaja de este sistema la falta de tiempo para su realización, lo que implicaba un mayor costo en materia de vidas humanas, por lo cual propuso que dicho Tribunal debería constituirse mediante una decisión del Consejo de Seguridad. Los fundamentos de

esta proposición están establecidos en los artículos 24¹³ y 41¹⁴, así como en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

La propuesta del Secretario General de las Naciones Unidas fue acogida por el Consejo de Seguridad, que de inmediato dictó la Resolución 827 del 25 de mayo de 1993 por la cual se aprueba el Estatuto del Tribunal tal cual fue propuesto por el Secretario General. Cabe anotar que esta decisión del Consejo de Seguridad fue acatada, respaldada y cumplida por los Estados miembros, conforme lo dispone el artículo 25 de la Carta (Penagos S. y Sánchez J., 2007, pp. 32-35).

Ahora bien, los crímenes en contra del derecho internacional cuya persecución y enjuiciamiento competen al Tribunal están determinados en los artículos 2 a 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Se trata de los crímenes de guerra, genocidio y crímenes de lesa humanidad; de los llamados «crímenes fundamentales del derecho internacional (*core crimes*)». Sin embargo, en el ámbito de la Parte General, este Estatuto sigue ampliamente las reglas del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg.

Desde esta perspectiva, la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha contribuido de forma especial a alcanzar una mayor precisión y al progreso del derecho penal internacional. En primer lugar, es de resaltar la

¹³ “A fin de asegurar acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas sus miembros confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y seguridad internacionales...”.

¹⁴ “El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones y podrá instar a los miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas”.

asimilación del derecho penal aplicable en los conflictos armados internacionales y no internacionales (TPIY, 1999, 2000). En consecuencia, las normas del derecho penal internacional bélico encuentran una observancia amplia también en guerras civiles. Respecto de los crímenes de lesa humanidad, este Tribunal ha confirmado que la conexión con los crímenes de guerra, aún prevista en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional, no es exigible según el derecho internacional consuetudinario¹⁵.

Además, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha precisado en numerosos aspectos los tipos delictivos de los crímenes de lesa humanidad y del genocidio. Como también dispone de un derecho procesal (artículos 15 y ss.) desarrollado acorde con los principios del Estado de Derecho, establecido en extensas reglas de procedimiento y prueba (Werle G., 2005, pp. 65-66).

1.1.4. Ruanda

En 1995, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas instituyó, a través de la Resolución 955, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, lo cual tuvo lugar por una medida coercitiva del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Así, la comunidad internacional reaccionó al genocidio que en pocos meses de 1994 había cobrado la vida de alrededor de un millón de personas en Ruanda. El Tribunal Penal para la ex Yugoslavia no fue sólo un modelo para la creación del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, sino que además comparte con éste

¹⁵ La formulación del artículo 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, según la cual, sólo existe competencia del Tribunal para los crímenes de lesa humanidad «cuando hayan sido cometidos [...] durante un conflicto armado» había dado lugar a nuevas dudas.

numerosos aspectos institucionales. Para ambos Tribunales existe una sola fiscalía y comparten la Sala de Apelaciones.

Su competencia se extiende al enjuiciamiento por genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, siempre que las conductas hubieren tenido lugar entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994. Sobre todo en cuanto al desarrollo del tipo delictivo de genocidio, el Tribunal realizó un trabajo pionero (Werle G., 2005, pp. 65-66).

En este orden de ideas, vale la pena relacionar estos sucesos, desde la perspectiva teórica, con la configuración de los crímenes de lesa humanidad y el principio de imprescriptibilidad, por ello, a continuación se desarrollarán estos temas.

1.2. Marco teórico y jurídico

1.2.1. Crímenes de lesa humanidad

Durante los trabajos preparatorios del Estatuto del Tribunal Internacional de Núremberg, se puso de manifiesto que determinados crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial no eran crímenes de guerra propiamente dichos; se trataba de crímenes en los cuales las víctimas tenían la misma nacionalidad que los agentes, o la nacionalidad de un Estado aliado; se compartía la opinión de que este tipo de crímenes se inspiraba en otros motivos. Eran crímenes contra los fundamentos mismos de la civilización, prescindiendo del lugar y fecha en que se

perpetraran. De la triple tipología formulada en dicho Estatuto la del crimen de lesa humanidad fue en efecto, la figura más novedosa en lo que respecta a la doctrina y legislación puramente internacional.

El artículo 6 (c) del Estatuto de Núremberg tipificaba la figura del crimen de lesa humanidad en los siguientes términos:

«...el asesinato, exterminio, sometimiento a esclavitud, deportación u otros actos inhumanos perpetrados contra toda población civil, antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido realizados».

La definición establecida recoge dos tipos de actos punibles:

- a) Los actos inhumanos cometidos contra una población civil, tales como el asesinato, el exterminio, sometimiento a esclavitud, deportación u otros, perpetrados antes o durante la guerra.
- b) Las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos.

Ambos deberán haberse realizado en ejecución o conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del Tribunal, pudiendo ser cometidos antes o durante la guerra y con total independencia de que constituyan o no una violación de la legislación

interna del país donde se hubiesen cometido; cuando sean perpetrados en el curso de un conflicto armado y en territorios ocupados o contra su población civil, pueden confundirse e identificarse con algunos de los actos constitutivos de un crimen de guerra (Convenciones de Ginebra, artículos 50, 51, 130 y 147); pero cuando no ocurra esta circunstancia, se tratará de una figura delictiva nueva, no sólo desde el punto de vista del elemento material que la distingue, sino también porque la víctima puede ser «cualquier» población civil, es decir, tanto la de terceros Estados como la del Estado que cometa el delito.

Las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos no son susceptibles de ser confundidas ni identificadas con ninguna de las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra. Se trataba ciertamente de una figura delictiva con características propias, que constituyen igualmente hechos punibles independientemente de la nacionalidad de la víctima, esto es, comprenden tanto las que lleve a cabo el Estado respecto de los nacionales de un tercero, como las que realice respecto de sus propios súbditos.

En este contexto, la figura de los crímenes contra la humanidad, a partir de la tipificación establecida en Núremberg, plantea dos problemas principales relacionados con la autonomía respecto al resto de los delitos, especialmente en relación con el crimen de guerra, y con el vínculo entre los crímenes de lesa humanidad y la protección de derechos humanos (Rueda C., 2001, pp. 135-137).

No obstante, la evolución seguida respecto a la consideración del crimen de lesa humanidad como figura autónoma e independiente ha sido diferente en cada uno de los textos donde se ha tipificado. En el marco del Proyecto de Código en 1954 la Comisión de Derecho Internacional volvió a subordinar la existencia del crimen al hecho de que sea cometido al perpetrar otros delitos definidos en el artículo 2 del proyecto o en conexión con ellos; el defecto de la definición fue superado por la opinión casi unánime de los comentaristas de Núremberg y por la propia Comisión al revisar el texto. De esta forma, la exigencia de un vínculo entre los crímenes contra la paz y los crímenes de guerra respecto a los crímenes de lesa humanidad no se reflejará en los posteriores trabajos en torno al Proyecto de Código.

Después de Núremberg, la autonomía del crimen contra la humanidad se afirmó de manera progresiva. La definición de Núremberg fue retomada ante todo en los Principios de las Naciones Unidas y luego se completó, particularmente, en la Convención sobre el Genocidio de 1948, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de 1958 y la Convención sobre el Apartheid de 1973.

Luego con la creación, por obra del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, en 1993 y 1994, respectivamente, se amplía la lista de crímenes de lesa humanidad (Delmas-Marty M., 2004, pp. 82-83). De ahí que resulte especialmente significativa la regulación de esta figura en el ámbito de los Estatutos de los

Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*, a pesar de las diferencias que pueden observarse en lo que atañe a la definición de crimen de lesa humanidad. Estas diferencias evidencian que los parámetros de los crímenes contra la humanidad siguen siendo especialmente vagos, pese a que pueden constatarse una serie de elementos que delimitan sus perfiles propios. Por tanto, si en ambos Estatutos se incluye la misma lista de crímenes, las condiciones en las que estos deben perpetrarse para su calificación como crímenes de lesa humanidad, presenta especiales particularidades.

Respecto a dichas condiciones, el Tribunal para la ex Yugoslavia limita su actuación a los ilícitos dirigidos contra la población en forma masiva y sistemática durante un conflicto armado interno o internacional. Esta última precisión es objeto de críticas al considerar que, al exigirse la prueba de la existencia de un conflicto armado, se restringe el alcance del concepto consuetudinario del crimen de lesa humanidad y se quiebra la tendencia, consolidada desde las sentencias del Tribunal de Núremberg, de eliminar el nexo existente entre los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra o los crímenes contra la paz.

Por su parte, la competencia del Tribunal para Ruanda en relación con los crímenes de lesa humanidad se limita a actos dirigidos contra la población civil como parte de un ataque generalizado o sistemático por razones de nacionalidad, políticas, étnicas o religiosas. Sin duda alguna el artículo 4 del Estatuto para Ruanda incide en los esfuerzos tendentes a dar una definición de crimen de lesa

humanidad capaz de responder a la realidad que debe englobar dicha figura, como a las características propias de la comunidad internacional. Este artículo vuelve a subrayar la consolidación de la autonomía del crimen de lesa humanidad como figura independiente tanto de la realización de un crimen de guerra como de un crimen contra la paz.

En efecto, la desvinculación del crimen de lesa humanidad del marco de conflictos armados tendrá una consecuencia especialmente trascendental en dos niveles distintos: en primer lugar, la no equiparación entre crimen de lesa humanidad y conflicto armado de carácter internacional supone no excluir la posibilidad de comisión de éste en el marco de un conflicto armado de carácter no internacional. En segundo lugar, esta ausencia en el Estatuto del Tribunal para Ruanda consolida la posibilidad de comisión de un crimen contra la humanidad en tiempos de paz (Rueda C., 2001, pp. 138-140).

De manera que, la noción de crímenes de lesa humanidad ha experimentado importantes desarrollos en los últimos años, como ha puesto de manifiesto ABELLÁN HONRUBIA V. (1999, pp. 331 y ss.), en cuatro aspectos: su progresiva desvinculación respecto de los crímenes de guerra, la existencia de elementos que apuntan a su posible comisión por actores no estatales, el progresivo abandono de la exigencia de un móvil discriminatorio y, por último, el paulatino incremento de actos susceptibles de ser considerados como crímenes de lesa humanidad cuando ocurren los otros requisitos.

Sin embargo, estos no han contado nunca con el importante respaldo convencional que sí han tenido tanto los crímenes de guerra –aunque sólo parcialmente– en los Convenios de Ginebra, como el genocidio, este último desde su configuración autónoma en 1948, respecto, precisamente, de los crímenes de lesa humanidad.

Desde el Estatuto de Londres y hasta el Estatuto de Roma, y con la salvedad de alguna de sus manifestaciones puntuales –*apartheid* y, sólo en parte, desapariciones forzosas y torturas– los crímenes contra la humanidad han tenido una existencia exclusivamente consuetudinaria. Y cuando se ha procedido a su definición general por vía convencional o institucional, ha sido a los exclusivos efectos de determinar la competencia *ratione materiae* de tribunales penales internacionales.

Así, ninguno de los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales, creados o previstos hasta la fecha ha pretendido en sentido estricto ofrecer una versión codificada de los crímenes de lesa humanidad –ni de los otros crímenes en ellos contemplados– de vocación general –a todos los posibles efectos relevantes– y universal –aplicables *erga omnes*–, sino tan sólo describir la competencia de dichos Tribunales.

De esta forma, si el artículo 6 del Estatuto de Núremberg aludía a los crímenes definidos como «*crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal*», y los artículos 5 del Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia y el artículo 3 del Estatuto del Tribunal de Ruanda, tan sólo hablan de unos crímenes de lesa humanidad sobre los que «tendrán competencia» los respectivos órganos. Por su parte, el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional no ofrece una definición más que después de dejar sentado que ello es «a los efectos del presente Estatuto», reiterándose en el artículo 22 (3) que «nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto» (Sánchez A., 2004, pp. 197-198).

No obstante, el artículo 7 enumera cuatro aspectos que son característicos del crimen de lesa humanidad en la actualidad:

- a) La ausencia de requerimiento de que exista nexo con un conflicto armado.
- b) La ausencia de requerimiento de un motivo discriminatorio.
- c) El criterio de masividad o sistematicidad.
- d) El elemento de *mens rea*, consistente en el conocimiento de parte del agente de que su acto forma parte de ese ataque (Córdoba J., 2001, p. 122).

Además, es pertinente señalar el elemento de contexto, esto es, el «elemento internacional» en los crímenes de lesa humanidad, según el cual, cierta conducta

criminal llega a ser un asunto de interés internacional. La naturaleza exacta de esta preocupación existe en todo el mundo, pues la razón fundamental por la que estos crímenes se consideran lo suficientemente importantes como para ocuparse de ellos en un nivel internacional, proporciona una herramienta muy importante en su interpretación, en efecto, debe analizarse aquí.

En este orden de ideas, hay dos razones posibles por las que la comunidad internacional puede tratar un delito como algo que incumbe al Derecho Internacional. En primer lugar, un delito puede adquirir un carácter de este tipo cuando no puede ser perseguido eficazmente por el país respectivo y existe un interés común de los Estados para llevar a cabo tal persecución. Esta razón de orden práctico se aplica a la piratería, tal vez el delito internacional más antiguo, o a los daños causados a los cables telegráficos submarinos. La segunda razón es la extrema gravedad de ciertos crímenes, que generalmente se ve acompañada por la renuencia o la incapacidad de los sistemas penales nacionales para enjuiciarlos.

No obstante, las violaciones particularmente graves de los derechos individuales por una acción o una omisión deliberada de autoridades oficiales, han constituido un problema para el Derecho internacional desde la época en que el concepto de los derechos humanos comenzó a desarrollarse a finales del siglo XIX. Este concepto ha adquirido el estatus de «ley dura» en los últimos tiempos, con la adopción de la Carta de las Naciones Unidas. Así, criminalizar las peores

violaciones de los derechos humanos fue una consecuencia lógica, y éstas coinciden con los crímenes más graves conocidos por la humanidad. Por lo tanto, el fundamento del elemento de contexto puede resumirse como la protección de los derechos humanos de las infracciones más peligrosas (Ambos K., 2006a, pp. 180-182).

Lo cierto es que, pese a una mayor autonomía con respecto a las situaciones de guerra, la humanidad que el derecho internacional pretende proteger no se define sino mediante la enumeración revisada una y otra vez de los comportamientos considerados como “los más graves”. Se trata, en parte, de la lista de los temores del momento, aún demasiado general y vaga, que obliga a los jueces, a poner en práctica el principio de interpretación estricta de la ley penal, de cara a lo que es preciso llamar una interpretación creativa, para circunscribir el contenido de términos como “violación”, “tortura” y “genocidio” e incluso de fórmulas tan vagas como “otros tratamientos inhumanos”.

En este sentido, es útil mencionar la jurisprudencia del Tribunal para la ex Yugoslavia. Desde el primer juicio de condena, en el caso *Erdemović* de 1996, la humanidad se designa expresamente como sujeto de derecho: “A diferencia del derecho común, el objeto del atentado ya no es la mera integridad física de la víctima, sino la humanidad en su conjunto”. Y agrega: “Esos crímenes también trascienden al individuo porque, al atacar al hombre, apuntan a la humanidad y la niegan”. En consecuencia, lo que marca la especialidad del crimen de lesa

humanidad es la identidad de la víctima. En otras palabras, el derecho internacional se fundaría sobre valores comunes compartidos por una comunidad internacional que ya no es sólo un mito y tiende, en cambio, a convertirse en una realidad, aún muy frágil, que es preciso construir y consolidar (Delmas-Marty M., 2004, pp. 84-85).

Desde esta perspectiva, en el siguiente aparte, se aborda el tema de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad en el horizonte del derecho penal internacional.

1.2.2. Imprescriptibilidad

En 1968 fue adoptado por la Asamblea General el *Convenio sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad* (Ibáñez A., 2003, p. 300). Su finalidad era impedir que los criminales de guerra nazis que, bajo identidades falsas, habían encontrado refugio en terceros Estados, quedaran impunes por el simple paso de los años. De esta forma, sus disposiciones sustantivas se limitan a sentar la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad (artículo 1), a afirmar la operatividad de tal regla independientemente del grado de participación del responsable (artículo 2), y a establecer la obligación de los Estados parte de adoptar las medidas internas necesarias para, de un lado, hacer posible la extradición de los responsables de este tipo de crímenes (artículo 3) y, de otra, impedir la prescripción del delito y/o pena (artículo 4).

Por el contrario, en el Convenio ni se prevé una eventual creación de un tribunal penal internacional, ni se regulan tampoco los títulos de jurisdicción aplicables para el enjuiciamiento de tales crímenes por parte de los tribunales nacionales. No obstante, cuando el artículo 1 afirma que los crímenes de lesa humanidad –así como el apartheid y el genocidio– son imprescriptibles, se incluye la precisión según la cual ello es así:

...«Aún si esos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos»...

Esta disposición podría interpretarse en el sentido de que la ausencia de criminalización en el lugar de comisión, no es obstáculo para la represión en terceros Estados con base en otros principios tradicionalmente admitidos en Derecho internacional, como el de beligerancia o el de personalidad activa. O quizá, cabría entender que la precisión se hace al objeto de impedir que la licitud de los hechos según la legislación del lugar de comisión en el momento de la perpetración, pueda ser un obstáculo para un enjuiciamiento posterior por el propio Estado del territorio.

En este sentido, según se señaló anteriormente, las únicas obligaciones que, a efectos de represión, se imponen a los Estados parte en el Convenio, se refieren a la extradición, exigiéndoles la adopción de todas las medidas necesarias para

hacer posible la entrega de los responsables de crímenes contra la humanidad, «de conformidad con el Derecho internacional». Así pues, podría entenderse que la irrelevancia de criminalización interna en el momento de la comisión se dirige a impedir que, por falta de cumplimiento del requisito de la doble incriminación o, mejor, del propio *nullum crimen sine lege*, el Estado requerido niegue la extradición al Estado del territorio.

Debe tenerse en cuenta, además, que el inciso en cuestión tan sólo perseguirá reafirmar la idea básica de Núremberg según la cual, los crímenes de lesa humanidad lo son en virtud del Derecho internacional independientemente del derecho interno (Sánchez A., 2004, pp. 199-200).

Igualmente, el análisis de esta Convención, pone de manifiesto una serie de problemas comunes relacionados con, primero, los ilícitos aplicables y, segundo, la consideración del principio de imprescriptibilidad como norma de carácter consuetudinario.

La primera cuestión referente al grupo de ilícitos a los que no será aplicable la prescripción vigente en los distintos ordenamientos internos es taxativa: crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Entonces, por la pretendida retroactividad de la norma en el ámbito de los distintos ordenamientos internos, un individuo podría ser enjuiciado por la comisión de los ilícitos tipificados en la

Convención cualquiera que sea la fecha en la que se hayan cometido. Sobre este tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado:

«En las decisiones sobre la aplicación de determinadas figuras procesales a una persona, debe prevalecer la consideración de la imputación de graves violaciones de derechos humanos» (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009, párr. 41).

Ahora bien, sobre la segunda cuestión relativa a la posible naturaleza consuetudinaria del principio de imprescriptibilidad, podría concluirse que ante la gravedad inherente de estas acciones, su carácter imprescriptible es de naturaleza. Sin embargo, este planteamiento supone el desconocimiento de las actitudes de los distintos Estados manifestadas en los trabajos preparatorios de la Convención de Naciones Unidas, por lo que, una posición intermedia sería el alargamiento de los plazos de prescripción en el ámbito de los ordenamientos jurídicos internos, junto a un estudio pormenorizado de la responsabilidad individual puesta en juego (Rueda C, 2001, pp. 168-169).

De esta forma, es menester destacar que la tradición de la imprescriptibilidad tiene origen en los parámetros del derecho anglosajón clásico, donde la regla de derecho común estaba expresada en la máxima *nullum tempus occurit regis* (el tiempo no corre para el rey); la acción, entonces, podía iniciarse en cualquier

tiempo después de la comisión del delito que no prescribía (La Rosa M., 2008, p. 128).

Por otra parte, en 1985, el Tribunal de Casación francés daba una definición de crimen de lesa humanidad en la que incluía el elemento de la imprescriptibilidad. En relación con el famoso caso de Klaus Barbie, el Tribunal utilizaba por primera vez en Francia, los conceptos evocados por el Estatuto del Tribunal de Núremberg: «Constituyen crímenes *imprescriptibles* contra la humanidad, en el sentido del Estatuto del Tribunal de Núremberg,...los actos inhumanos y las persecuciones que, en nombre del Estado que practica una política de hegemonía ideológica, han sido cometidos de forma sistemática, no solamente contra personas en razón de su pertenencia a la colectividad racial o religiosa, sino también *contra los adversos de esa política, cualquiera que sea la forma de su oposición*».

Estos crímenes son imprescriptibles porque son incompatibles con el olvido. La prescripción no es un acto de voluntad como la amnistía o la gracia. No expresa el perdón de los hombres, sino el olvido del tiempo, que garantiza la impunidad de los crímenes después de un determinado plazo transcurrido desde los hechos que impide la persecución penal, prescripción de la acción pública o desde la condena (prescripción de la pena que no será ejecutada). La impunidad, cuando bloquea cualquier procedimiento, obstaculiza la formación de la memoria, la cual no tiene como función esencial regodearse en el pasado, sino alimentar el presente y

preparar el futuro. El 18 de diciembre de 1992, la Asamblea General de las Naciones Unidas declaraba, en relación con la desaparición forzada de personas, que ésta es una práctica que puede incluirse dentro de los crímenes de lesa humanidad y debe ser calificada como «crimen continuado», lo que la acerca a un crimen imprescriptible.

También, sobre este tema debe traerse a colación la sentencia de 10 de julio de 1997, del Tribunal de Roma, que reconocía a Erich Priebke y Karol Hass como responsables de los asesinatos de la llamada «Fosse Arbeatina», producidos durante la Segunda Guerra Mundial por oficiales nazis, entre ellos los imputados. Según el Tribunal Militar de Roma, la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad es un principio general del ordenamiento internacional. Con ello, el Tribunal italiano indica que la imprescriptibilidad no proviene del Convenio de 1968 aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas, porque éste no es sino una «consagración formal del principio de imprescriptibilidad de los crímenes en cuestión». Es decir, la Convención no habría hecho otra cosa que expresar un principio ya afirmado por el derecho internacional consuetudinario.

Otra referencia sobre el asunto, puede situarse en el proyecto de Ley presentado por el gobierno de Hungría en 1993, dirigido a castigar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos fundamentales cometidos en el curso de la represión de la Revolución de 1956, por las autoridades comunistas. El Tribunal Constitucional húngaro, en su sentencia No. 53 de 1993, ha reconocido la

existencia de una regla general de deber internacional de castigar los crímenes contra la humanidad, lo cual estaría por encima de cualquier amnistía.

De lo anterior se deduciría la existencia de una obligación de «represión universal», es decir, una obligación general para todos los Estados de castigar al extranjero (privado y órgano estatal) responsable de un crimen de lesa humanidad; esto es lo que sucede con España, obligada a perseguir los crímenes producidos en Chile y Argentina.

En este orden de ideas, el derecho internacional atribuye a todos los Estados, incluyendo a los que no tienen ninguna relación directa con el delito, a través del uso del criterio de la jurisdicción universal, la potestad de poner en práctica una actividad represiva, es decir, en relación con los *crimina iuris gentium*, el derecho internacional no requiere la existencia de vínculo efectivo con el Estado que intenta reprimir el delito; el ejercicio de la potestad punitiva no encuentra un límite en una eventual ligazón orgánica entre el autor del delito y el Estado perseguidor. Algo ciertamente muy distinto a lo que sucede con cualquier otro tipo de delito.

En los crímenes de lesa humanidad la extradición se aplica muy fuertemente, como consecuencia de la explícita e intensa voluntad de la comunidad internacional en reprimir las violaciones de esos crímenes. Así, en el caso Priebke, la Corte Suprema de Justicia de Argentina, en fecha 2 de noviembre de 1995, concluyó en la concesión de la extradición a Italia de esta persona, por el

requerimiento formulado por el gobierno italiano. En esta sentencia, la Corte rechazó los dos motivos fundamentales que se adujeron en varias fases del proceso en apoyo de la no-extradición del sujeto: la naturaleza política de los delitos en cuestión y la prescripción de los mismos.

El juez argentino reconoció la imprescriptibilidad del ejercicio de la acción penal sobre la base de la naturaleza de crimen internacional propio de los delitos imputados; ello aunque no coincidía con la construcción jurídica elaborada en la jurisprudencia francesa. De hecho, la Corte Suprema argentina parece invocar la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, no tanto sobre la base de la praxis internacional, considerada insuficiente, sino directamente por la naturaleza coactiva de la norma internacional incriminadora.

Parecidos argumentos están en la recordada sentencia de 1993 del Tribunal Constitucional húngaro. Aunque no existiera una norma internacional cierta que dispusiera la imprescriptibilidad, el derecho internacional escrito integra la norma consuetudinaria que impele a los Estados a perseguir los crímenes de lesa humanidad. Con ello, a partir de la jurisprudencia francesa, que ha sido la primera en reconocer la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad sobre la base de razones de derecho internacional, se ha consolidado esta doctrina en los tribunales nacionales. Esa misma jurisprudencia francesa (Cámara de Acusación del Tribunal de Apelación de París, 1992) ha precisado que, para que un delito pueda ser calificado como crimen de lesa humanidad, se requiere «la participación

en la ejecución de un plan concertado, llevado a cabo en nombre de un Estado que practica de forma sistemática una política de hegemonía ideológica».

Se puede concluir que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad forma parte del principio de *jurisdicción universal*. Además, se ha evidenciado que el carácter internacional de estos crímenes consiente a cualquier Estado perseguir, a través de su propia jurisdicción penal, a los responsables, incluso aunque no exista vínculo directo entre el hecho delictivo y el ordenamiento interno. Ello, sobre la base de la naturaleza del principio de *jurisdicción universal*, para lo cual se ha creado un régimen jurídico ad hoc idóneo para excluir la aplicación, no sólo de la prescripción, sino de cualquier institución que pudiera obstaculizar su efectiva represión y castigo (García M. y López D., 2000, pp. 49-53).

Finalmente, el artículo 29 del Estatuto de Roma consagra la imprescriptibilidad de los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional, señalando claramente en el artículo 29: “Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán”.

En este contexto, se hace necesario abordar lo referente al principio de legalidad en el derecho penal internacional, por lo tanto, en el siguiente capítulo se hará una exposición sobre los aspectos más relevantes de este precepto, para avanzar en el estudio que aquí nos ocupa.

Capítulo 2

El principio de Legalidad en el Derecho penal Internacional y Nacional

2.1. Referente histórico y Marco teórico

No cabe duda que el principio de legalidad en el derecho penal moderno, con todas sus consecuencias, es una de las principales garantías del ciudadano, pues le garantiza a éste su libertad, permitiéndole que pueda organizar sus comportamientos, sin temor a intervenciones imprevisibles del Estado en el ejercicio por éste del *ius puniendi*. Un principio que ha permanecido inmutable a lo largo ya de más de dos siglos y que hunde sus raíces político-ideológicas en la época de la ilustración, en la segunda mitad del siglo XVIII.

Se trata de un principio fundamental, que, en palabras de HASSEMER W. (1999, p. 24), «inspira el derecho penal del Estado de derecho», y que garantiza que los límites de la libertad de los ciudadanos sean los mismos y rijan para todos sin excepción.

Ciertamente, este principio surgió como resultado de la desconfianza que se generó por la actuación de los jueces del Antiguo Régimen. Más adelante, ROUSSEAU encuentra su fundamento en la teoría del contrato social, a la que dedica su obra póstuma, *El contrato social* (1762), y Montesquieu en la teoría de la

división de los poderes, cuyas líneas refleja en su obra *Del espíritu de las leyes* (1748).

Así pues, ROUSSEAU «se sitúa en los antípoda del sistema político liberal, por su rechazo de sus tres grandes pilares: derechos del individuo, sistema representativo y división de poderes», pero no cabe duda que su influencia en la obra de Beccaria y, poco después, en la Revolución francesa, se contrae a la idea sobre el origen de la sociedad, un pacto entre hombres libres, esto es, a la idea del pacto por el cual los hombres ceden parte de sus derechos a la comunidad, de manera que se forma una voluntad general, de la que emanan las leyes, siendo los gobernantes meros depositarios de la misma. En efecto, el cambio respecto a la situación anterior, en la que se afirmaba el origen divino de las instituciones, entre ellas el poder político, que aglutinaba tanto el legislativo como el judicial, era radical.

De igual forma, BECCARIA afirmaba en su obra *De los delitos y las penas*, que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos. Asimismo, en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789) se estableció que «la ley es la expresión de la voluntad general» (artículo 6), que «ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido más que en los casos determinados por la ley» (artículo 7), y que «nadie puede ser castigado más que en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada» (artículo 8). Entonces, se declaraba la necesidad de que la

ley en la que se establecían los delitos y las penas, tuviera un origen parlamentario, convirtiéndose así aquella en la expresión de la voluntad de la sociedad.

Es allí cuando surge la concepción democrática del principio de legalidad, el cual se mantendrá a lo largo del tiempo hasta la actualidad, y que hoy, como consecuencia del derecho penal internacional y la persecución de los delitos de lesa humanidad, está en discusión (Jaén M., 2008, pp. 29-30).

Ahora bien, en términos de modelos ideológicos, el principio de legalidad se origina en el Estado liberal que reúne las aspiraciones del derecho clásico del siglo XVIII y refleja consideraciones de autores como Locke y Tocqueville. Según esta concepción, lo importante es el control del Estado a fin de limitarlo por mecanismos como la división de poderes, las declaraciones de derechos y ulteriormente el control constitucional.

Prima entonces la protección de las llamadas libertades contra el Estado, por lo que la democracia es representativa, como garantía contra la arbitrariedad, y posibilidad de delegar el poder para dedicarse a lo privado. La libertad es definida entonces como la ausencia de interferencias a la autonomía, esto es, según la clásica definición de Benjamín Constant, el plácido goce de la independencia individual. La igualdad que se protege es formal ante la ley, es decir, una igualdad al servicio de las libertades, pues en el fondo la pretensión es que las libertades de

todos los ciudadanos sean igualmente protegidas. En efecto, la libertad económica y la propiedad privada tienen un amparo absoluto, en tanto se asimilan a los derechos civiles, los cuales protegen al individuo del ejercicio arbitrario de la actividad del Estado, y son el tipo de derechos reconocidos en los instrumentos normativos de la época.

Además, en relación con el Estado democrático, el principio de legalidad reposa en la soberanía popular, entendida como la igualdad de las personas en el diseño de las instituciones y en la formación de la voluntad política; lo importante es el origen de las decisiones jurídicas y políticas, por lo que, la democracia, conforme a las clásicas enseñanzas de Rousseau, es un procedimiento participativo, igualitario de formación del poder con base en el predominio del principio de la mayoría, y con el mayor control social a los elegidos.

En consecuencia, la libertad es la participación en los destinos colectivos del orden político, pues es libre aquél que sigue la norma que él mismo se ha dado, por ello, la igualdad es el derecho de participar en las decisiones colectivas, esto es, igualdad política. Así, se reconocen derechos políticos como el derecho al voto; la propiedad privada y libertad económica tienen limitaciones potenciales por fuerza del principio de mayoría.

Finalmente, en el Estado social el principio de legalidad descansa sobre la idea de que el poder político debe lograr para los asociados una justicia material mínima:

importante es entonces el resultado de la acción pública, de suerte que la democracia es entendida más como un efecto material del ejercicio del poder, esto es, como una cierta igualdad social conseguida gracias a la acción estatal, la cual parte de la base que cada cual debe aportar según su capacidad y recibir según sus necesidades. Esta concepción defendida por autores como Marx, Lasalle y Berstein está relacionada con la llamada libertad positiva o posibilidad efectiva de hacer algo porque se poseen los medios, es decir, aquella que deriva de la existencia de prestaciones positivas de parte del Estado.

Desde esta perspectiva, las exigencias para la actividad judicial según los preceptos que resultan de las fórmulas políticas expresadas en los párrafos anteriores son, para la filosofía liberal, la seguridad jurídica y el respeto por los derechos individuales, entendiendo que, la seguridad jurídica es no sólo un mecanismo indispensable del capitalismo y de la economía de mercado –como ha mostrado Max Weber–, sino que constituye sobre todo un instrumento para que la actividad del juez no sea arbitraria y no vulnere los derechos y libertades de sus asociados. De otro lado, en virtud de la filosofía democrática, se deben respetar las decisiones tomadas mayoritariamente por los órganos políticos y consensos sociales. Y, por último, de acuerdo con la filosofía social, las decisiones de quienes administran justicia deben ser efectivas en procura de la justicia material (Uprimny R., 1995).

En este punto, es importante señalar que una de las mayores críticas a los juicios de Núremberg y Tokio es la de haber vulnerado el principio de legalidad de los delitos y de las penas, por haber establecido con posterioridad a la comisión de los ilícitos, las disposiciones jurídicas para sancionarlos; el Estatuto de Londres, del 8 de agosto de 1945, y la Carta del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente, del 19 de enero de 1946.

Suscitada la polémica, la doctrina favorable a aquellos procesos se divide entre quienes niegan la violación de tal principio y aquellos que, admitiéndola, la justifican. En el primer grupo se encuentran quienes defienden que el derecho aplicado por los tribunales existía con anterioridad, y quienes propugnan una reinterpretación y adaptación del principio de legalidad a las características del Derecho internacional.

Así, por ejemplo, DONNEDIEU DE VABRES manifiesta simultáneamente ambas argumentaciones, pues defiende que los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad se hallaban ya previstos en el Derecho internacional. A pesar de ello, reconoce que las declaraciones solemnes que proclaman el carácter «criminal» de la guerra injusta no van provistas de una sanción, por lo que han de ser entendidas como una conducta «moral», y defiende, por ello, que es necesaria una interpretación del principio de legalidad, ya que existen razones morales y de utilidad internacional, que priman sobre la acepción rigurosa de dicho principio.

En el segundo grupo, las posturas van desde la defensa de la prevalencia de otros intereses hasta la simple negación de la existencia del mencionado principio en el ámbito internacional. De manera que, por ejemplo, KELSEN H. (1947, pp. 153 y ss.), reconoce que el Acuerdo de Londres vulnera el principio de no retroactividad porque establece responsabilidad penal individual para actos que constituyen una violación del Derecho internacional para lo que la ley establecía únicamente sanciones colectivas. Sin embargo, en opinión de este autor, dicho principio no es válido en Derecho internacional, y en el Derecho interno lo es sólo con importantes excepciones.

Afirma KELSEN que el principio de no retroactividad es un principio de justicia y la responsabilidad penal individual representa un grado mayor de justicia que la responsabilidad colectiva, técnica típica del Derecho primitivo, y cuando dos postulados de justicia están en conflicto debe prevalecer el mayor, que en este caso es el segundo. Opina, además, que es suficiente con que el acto fuese inmoral, aunque no ilegal, en el momento de su comisión.

Muchos otros autores, entre los que se destacan RADBRUCH, DAHM, o GLASER, afirman que el principio de legalidad se refiere únicamente al Derecho escrito, y no es por tanto aplicable al Derecho penal internacional, por tratarse de un derecho penal consuetudinario. No obstante, reconoce GLASER que el derecho penal internacional debería ajustarse al «espíritu» de este principio, lo que significa, en

su opinión, que ha de constatarse si un hecho tiene o no el carácter de crimen internacional tanto en el derecho convencional como en el consuetudinario, pero, en todo caso, el principio de legalidad no podría aplicarse en contradicción con la idea que él mismo encierra, la protección del inocente contra condenas injustas.

Por su parte, el Tribunal de Núremberg manejó todo tipo de argumentos. Aludió, en primer lugar, a su incompetencia para conocer de su propia jurisdicción, declarándose vinculado por su Estatuto. También, esgrimió que el tribunal no creaba Derecho, sino que aplicaba un Derecho ya existente, y declaró no aplicable el principio de legalidad, argumentando que la máxima *nullum crimen sine lege* expresa un principio de justicia y sería más injusto que estas infracciones intencionadas contra los convenios y disposiciones internacionales quedaran sin castigo. El Tribunal militar internacional para el Extremo Oriente se adhirió a todos estos argumentos (Gil A. 1999, pp. 66-70).

Dentro de este marco es necesario mencionar el contenido plural del principio de legalidad, porque representa las cuatro formas típicas de su vulneración:

- a) La prohibición de fundar la represión penal de una conducta en normas distintas a las contenidas en una ley formal (*lex scripta*).
- b) La prohibición de aplicar la ley penal a supuestos no previstos por ella, es decir, la llamada prohibición analógica de la ley penal (*lex stricta*).

- c) La prohibición de aplicación retroactiva y la creación de normas penales retroactivas que fundamenten o agraven la responsabilidad penal (*lex previa*).
- d) La prohibición de crear las leyes penales con contenido indeterminado (*lex certa*) (Jaén M., 2008, p. 38).

Al respecto, es pertinente indicar lo expresado por JIMÉNEZ DE ASÚA, al citar a su maestro VON LISZT, «el Código penal es la Carta Magna del delincuente»; aunque habría que hacer la salvedad sobre la concepción de delincuente, para ir asimilando la de ciudadano, porque, como lo recuerda BACIGALUPO, «en un Estado democrático de Derecho el Juez nunca tiene ante sí a un delincuente, sino a un ciudadano, que está amparado por el derecho a la presunción de inocencia, y que es el destinatario de la protección del principio de legalidad; en efecto, toda restricción de su contenido afectará esencialmente derechos fundamentales» (Jaén M., 2008, p. 35).

Desde esta perspectiva, vale la pena traer a colación algunas decisiones judiciales que contienen líneas jurisprudenciales acerca del principio de legalidad.

2.2. Jurisprudencia

La internacionalización del principio de legalidad ha supuesto, una importante ampliación de las fuentes del derecho penal, al incluir también las fuentes del derecho penal internacional, entre ellas el derecho consuetudinario internacional.

Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus dos Sentencias de 22 de marzo de 2001 sobre los casos «Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania» y «K.H.W. c. Alemania» –casos de los disparos mortales en el muro de Berlín–, a pesar de afirmar que un delito debe estar claramente definido por la Ley, dejó claro al mismo tiempo que la noción de «Derecho» utilizada en el artículo 7.1 de la Convención, engloba tanto el derecho escrito como el no escrito, algo que colisiona palmariamente con el principio de legalidad en su configuración tradicional, que exige como requisito imprescindible que la ley penal sea, ante todo, una *lex scripta*, no ya sólo porque así se garantiza su conocimiento por todos, sino porque así se garantiza su procedencia de una instancia democráticamente legitimada.

Cuando se admite el derecho no escrito, es evidente, como se manifiesta luego en la misma sentencia, que se está haciendo referencia a los principios que conforman el derecho consuetudinario internacional, pero, como lo advierte BACIGALUPO, la introducción de estos principios, carentes de toda precisión por no haber sido fijados mediante la escritura y su aprobación por un órgano estatal o supranacional democráticamente legitimado y competente para establecer normas “contraviene abiertamente el fundamento contractualista del principio de legalidad, tanto como su función en el marco de la teoría de la pena o la garantía de la objetividad”.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las dos mencionadas sentencias de 2001, llega a través del artículo 7.1 de la Convención, al mismo resultado al que habría llegado a través del artículo 7.2, relativo a los principios generales reconocidos según la costumbre en la comunidad internacional, aunque eludiendo la aplicación de este último precepto, respecto al cual Alemania, al suscribirlo, formuló reserva formal. El Tribunal señala, que la práctica del Estado, como derecho no escrito, se superponía a las normas del derecho escrito en la época de los hechos (párr. 67).

De esta forma, se refiere a los límites que representaban los mismos principios enunciados por la Constitución, concediendo a la vida un valor supremo en la escala de los derechos humanos en el plano internacional (párr. 72), y al hecho que la práctica del Estado a través del recurso a las minas antipersona y el carácter absoluto de las órdenes dadas a los guardas de la frontera de «aniquilar a los que violen las fronteras y garantizar a cualquier precio su protección», eran una violación flagrante de los derechos fundamentales basados en la propia Constitución, así como una violación de la obligación de respetar los derechos humanos y las otras obligaciones internacionales del Estado, que ratificó el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos en 1974, en el cual se reconoce expresamente el derecho a la vida y a la libertad de circulación.

Sobre esta posición, es preciso reflexionar, pues si bien, las reducciones del principio de legalidad pueden ser comprensibles en términos de *justicia supralegal*,

es altamente preocupante, que este fenómeno pueda generalizarse, afectando a todo el derecho penal, porque sin un derecho penal escrito, en un sistema, además, como el continental, en el que el juez está sometido precisamente al imperio de la ley, no al precedente, la solución de cada caso se dejaría a las intuiciones de lo que se pueda considerar como justo o injusto, luego merecedor de pena. De ahí que, con la reducción del principio de legalidad, el derecho penal internacional, puede permitir un relajamiento en las exigencias del derecho penal interno (Jaén M., 2008, pp. 58-59).

Sin embargo, una de las razones por las que el Tribunal Europeo de Derechos humanos rechazó la pretendida justificación de las órdenes dadas a los guardias de frontera para disparar en caso de que se cruzara ésta sin autorización, fue la consideración de que la ley previa en el derecho penal internacional es una ley que debe ser compatible con los valores universales, expresados a través de la protección internacional de los derechos humanos. También, esta comprensión de la ley previa permitió en el caso resuelto por la sentencia de la Corte Suprema de Argentina de 14 de junio de 2005, que se pudiera continuar con la persecución de los crímenes de lesa humanidad, a la que se refería, declarando la inconstitucionalidad de las leyes de punto final y de obediencia debida que la imposibilitaba.

En este orden de ideas, no cabe duda que estas providencias han planteado una solución a la discusión sobre cómo evitar la impunidad de comportamientos que

chocan con la conciencia jurídica universal, expresada en numerosos instrumentos internacionales dirigidos a la protección de los derechos humanos, afectando el fundamento democrático que se le ha reconocido tradicionalmente al principio de legalidad por exigencias de la propia seguridad jurídica (Jaén M., 2008, pp. 77-78).

Ahora bien, para avanzar en el desarrollo del presente trabajo, a continuación se abordarán los principios de imprescriptibilidad y legalidad de los crímenes de lesa humanidad en Colombia, identificando las tensiones y aspectos jurídicos institucionales presentes en las sentencias de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia Sala Penal.

Capítulo 3

Tensiones entre los principios de imprescriptibilidad y legalidad en la práctica de los delitos de lesa humanidad: panorama colombiano

3.1. Principio de Imprescriptibilidad en Colombia

En la legislación colombiana se ha hecho un esfuerzo por tipificar conductas que han sido consideradas crímenes de trascendencia internacional como los consagrados en el Estatuto de Roma. De esta forma, el título II del Código Penal contiene disposiciones referentes a los delitos contra la libertad individual y otras garantías; allí se encuentra, en el capítulo I la desaparición forzada, artículos 165, 166 (circunstancias de agravación punitiva) y 167 (circunstancias de atenuación punitiva).

De igual forma, en el capítulo V sobre los delitos contra la autonomía personal, el artículo 180 del Código Penal tipifica el desplazamiento forzado, modificado por el artículo 1 del Decreto 2667 de 2001. Asimismo, en los artículos 178 y 179 (circunstancias de agravación punitiva), se establece el delito de tortura.

Por último, en relación con los delitos de violencia sexual como la esclavitud, el embarazo, la esterilización y la prostitución forzados están señalados en el título IV sobre los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.

Al lado de ello, en lo que respecta al principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, la Corte Constitucional en sentencia C-176 de 1994, sobre la revisión de constitucionalidad de la Ley 67 de 23 de agosto de 1993 “por medio de la cual se aprueba la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, suscrito en Viena el 20 de diciembre de 1988”, advirtió:

Respecto de la pena, el artículo 28 de la Constitución Política, en el último inciso se refirió a que en ningún caso podrá haber penas imprescriptibles. El transcurso del tiempo obra como causa de extinción de la punibilidad no solamente en abstracto –prescripción del delito–, sino en concreto –prescripción de la pena–, y por consiguiente, pone fin al proceso penal.

Más adelante, al resolver la acción de inconstitucionalidad respecto al artículo 36 de la Ley 200 de 1995 “por la cual se adopta el Código Disciplinario Único”, en sentencia C-556 de 2001, el Tribunal Constitucional indicó:

Consagrar la imprescriptibilidad de la acción penal, viola el artículo 2º numeral 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, instrumentos internacionales que, al tenor del artículo 93 superior, prevalecen en el orden interno.

TENSIONES Y PRÁCTICAS EN LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD:
IMPREScriptIBILIDAD VS. LEGALIDAD EN COLOMBIA

Por tal razón, con base en los instrumentos internacionales que Colombia ha ratificado y en la Constitución Política de 1991 es imposible pensar en interpretar en forma diferente la prescriptibilidad de la acción penal y de la pena (...).

Luego, en la sentencia C-578 de 2002, manifestó:

¿Qué sucede cuando una sentencia penal ha declarado la prescripción de la acción penal o de la pena por un crimen de competencia de la Corte Penal Internacional y ésta pretende perseguir y sancionar a uno o varios nacionales por los mismos hechos? Por otra parte, ¿establece el artículo 29 del Estatuto de Roma un tratamiento diferente al previsto en el artículo 28 de la Constitución que prohíbe las penas y medidas de seguridad imprescriptibles?

En lo que respecta al primer problema, la Corte Constitucional considera que el propio Estatuto de Roma delimita la competencia de la Corte Penal Internacional (principio de complementariedad, artículos 17 a 19 ER) respecto de delitos de competencia de la justicia penal nacional, al restringir la admisibilidad de la intervención de la Corte Penal Internacional a los casos en que la jurisdicción nacional no está dispuesta o no sea capaz de perseguir el crimen que caiga en la esfera de su competencia (artículo 17 ER). Por ello, cuando se ha declarado judicialmente la prescripción de la acción penal o de la sanción penal, salvo que se pruebe la intención de sustraer al acusado de su responsabilidad por crímenes de la competencia de la Corte, no puede afirmarse que la jurisdicción nacional no esté dispuesta o no sea capaz de perseguir el delito.

Precisamente en relación con la garantía constitucional de la imprescriptibilidad de las penas, en un pronunciamiento anterior la Corte declaró exequible la “Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas”, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988, bajo el entendido de que el Gobierno Nacional, al momento de depositar el respectivo instrumento de ratificación de la Convención, formularía las reservas y declaraciones hechas por el Congreso de la República, entre ellas la sexta relativa a que “Colombia entiende que el párrafo 8º del artículo 3º de la Convención¹⁶ no implica la imprescriptibilidad de la acción penal”.

Esta idea es reiterada por Eissen cuando afirma que ello “implica un justo equilibrio entre la salvaguardia del interés general de la comunidad y el respeto de los derechos fundamentales del hombre, aunque atribuyendo un valor particular a estos últimos” (Eissen M., 1985, p. 95).

Consagrar la imprescriptibilidad de la acción penal, viola el artículo 2º numeral 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, instrumentos internacionales que, al tenor del artículo 93 superior, prevalecen en el orden interno.

Por tal razón, con base en los instrumentos internacionales que Colombia ha ratificado y en la Constitución Política de 1991 es imposible pensar en interpretar

¹⁶ El párrafo 8º del artículo 3º de la mencionada Convención establece: “Artículo 3º Delitos y sanciones. (...) 8. Cada una de las Partes establecerá, cuando proceda, en su derecho interno un plazo de prescripción prolongado dentro del cual se pueda iniciar el procesamiento por cualquiera de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1º del presente artículo. Dicho plazo será mayor cuando el presunto delincuente hubiese eludido la administración de justicia”.

TENSIONES Y PRÁCTICAS EN LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD:
IMPREScriptIBILIDAD VS. LEGALIDAD EN COLOMBIA

en forma diferente la prescriptibilidad de la acción penal y de la pena, por lo cual la declaración se ajusta plenamente a la Constitución.

No obstante lo anterior, la Corte Penal Internacional sí puede –en razón del principio de imprescriptibilidad de los crímenes de su competencia– llegar a investigar y juzgar conductas constitutivas de cualquiera de los mencionados crímenes, así la acción penal o la sanción penal para los mismos haya prescrito, según las normas jurídicas nacionales.

El tratamiento diferente que hace el Estatuto de Roma respecto a la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, tiene fundamento en el artículo 93 de la Constitución. Se trata de un tratamiento distinto respecto de una garantía constitucional que está expresamente autorizado a partir del Acto Legislativo 02 de 2001 y que opera exclusivamente dentro del ámbito regulado por dicho Estatuto.

Posteriormente, la Corte Constitucional en sentencia C-580 de 2002, en la que se revisaba la Ley 707 del 28 de noviembre de 2001 “por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas” hecha en Belem do Pará, el nueve de julio de 1994, señaló:

Para efectuar el análisis de lo dispuesto en el artículo 7º de la Convención es necesario establecer una distinción entre la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena, figuras éstas a las cuales la Convención trata

indistintamente. Ello se debe a que en su artículo 28, nuestro ordenamiento constitucional establece que “[e]n ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles”.

Como el artículo 28 prohíbe las penas imprescriptibles, Colombia se encuentra en el evento regulado por el segundo inciso del artículo de la Convención para efectos de la prescripción de la pena. Tal inciso dispone que si hay una norma fundamental de este tipo, la prescripción de la pena será igual a la del delito más grave previsto en la legislación interna.

Sin embargo, la regla constitucional contenida en el artículo 28 prohíbe la imprescriptibilidad de las penas, pero no se refiere explícitamente a las acciones penales. A pesar de la falta de una regla explícita, no se puede afirmar *prima facie*, que la imprescriptibilidad de la acción penal está permitida constitucionalmente. En esa medida, para efectos de la revisión constitucional del presente tratado, es necesario establecer si nuestro país se puede acoger a la hipótesis regulada en el inciso 1º o si, por el contrario, de acuerdo con la Constitución se debe atener a lo regulado por el inciso 2º, también respecto de la prescripción de la acción penal en el delito de desaparición forzada de personas.

Por lo tanto, la Corte debe establecer si la imprescriptibilidad de la acción penal frente a la desaparición forzada resulta aceptable a partir de la Constitución.

La prohibición de la imprescriptibilidad de las penas está contenida en el artículo 28 que consagra la cláusula general de libertad personal. Aparte de esta cláusula

inicial, dentro de dicho artículo se establecen una serie de garantías para preservar esta libertad fundamental. Estas garantías están estructuradas en forma de reglas, encaminadas principalmente a restringir la actividad del Estado frente a la libertad del individuo. Si bien dichas reglas no abarcan por completo el contenido de la libertad personal frente a la acción del Estado, sí definen su alcance frente en aspectos puntuales.

Así, las reglas contenidas en los dos primeros incisos van encaminadas a preservar la legalidad del procedimiento mediante el cual se priva materialmente a una persona de su libertad. Es decir, se restringe la forma como el Estado puede ejercer dicha actividad. Entre tanto, las garantías contenidas en el último inciso restringen en alguna medida los motivos por los cuales el Estado puede privar de la libertad a las personas –al prohibir la detención, prisión y el arresto por deudas–, y la vigencia temporal de las decisiones a través de las cuales puede ejecutar materialmente la decisión de privar de la libertad a una persona, en particular, a través de las penas y las medidas de seguridad.

Como se ve, salvo la prohibición de detención, prisión y arresto por deudas, las reglas contenidas en el artículo 28 van encaminadas principalmente a regular directamente la actividad material del Estado, determinando la forma y el alcance de su potestad para privar de la libertad a las personas. Es decir, la regulación constitucional contenida en el artículo 28 va dirigida principalmente a las autoridades encargadas de llevar a cabo físicamente las decisiones mediante las cuales se ejerce esta actividad. Salvo, claro está, la prohibición de detención, prisión y arresto por deudas, que se dirige principalmente a restringir la actividad

del legislador. Con todo, esta prohibición también actúa indirectamente como un mecanismo de protección frente a las autoridades que cumplen materialmente las decisiones de privación de la libertad, proscribiendo su ejecución, al margen de lo que dispongan las autoridades que las dictaron y las demás normas del ordenamiento jurídico.

Tomando en cuenta lo anterior, es necesario concluir que, si bien las reglas contenidas en el artículo 28 constitucional tienen repercusiones fundamentales en relación con los límites de la actividad del legislador, y con las facultades de los demás órganos del Estado, su objetivo básico es el de condicionar la actividad de las autoridades encargadas de ejecutar las decisiones a través de las cuales el Estado ejecuta la privación de la libertad a una persona. Es decir, dichas reglas van dirigidas principalmente a regular la actividad de quienes disponen de los medios de coerción necesarios para privar de la libertad a las personas.

Una vez establecido que el sentido de las reglas contenidas en el artículo 28 es principalmente restringir la actividad material del Estado, pasa la Corte a determinar su alcance. Específicamente, en cuanto tiene que ver con aquella regla según la cual están prohibidas las penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

En relación con el alcance del artículo 28, la Corte debe afirmar que, si bien el sentido general de las reglas contenidas en el artículo 28 es el de proteger la libertad personal frente a la actividad material del Estado, tal libertad no se puede concebir sin la necesaria referencia a las reglas del debido proceso y a las demás garantías contenidas en la Constitución. La frase inicial del artículo 28 que

constituye una cláusula general de libertad, y el carácter directo e inescindible de la relación que existe entre este artículo y otras disposiciones constitucionales, favorece una interpretación expansiva del contenido de sus garantías que permita la realización plena de su texto. Al respecto, la Corte ha dicho:

(...) El artículo 28 de la C.P., de un modo no taxativo, enumera conductas que atentan contra el núcleo intangible de la libertad personal y que ilustran bien acerca de sus confines constitucionales: Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

Bajo la forma de derechos o libertades especiales (conciencia, cultos, enseñanza etc.), la Constitución protege ámbitos específicos de la libertad. La dignidad de la persona humana y el valor supremo que la Constitución le otorga, explican y justifican su carácter expansivo. Sin embargo, en ausencia de otra norma constitucional, el artículo 28 de la C.P., a manera de cláusula general, representa la máxima tutela y reconocimiento a la libertad y en ella se encuentra definido el amplio espacio de su protección (Corte Constitucional, 1993b).

No obstante, de la vocación expansiva de la cláusula general de libertad con que inicia dicho artículo no se derivan necesariamente otras reglas de carácter tan perentorio como las que están expresamente contenidas en su texto. En efecto, su *vis* expansiva no significa que, por fuera del contexto de protección frente a la actividad material del Estado, el alcance de sus disposiciones sea el mismo. En

esa medida, las reglas dirigidas a restringir la actividad coercitiva mediante la cual el Estado priva materialmente de la libertad a una persona no pueden interpretarse como si contuvieran otras reglas que restringen de manera perentoria la potestad de configuración legislativa en aspectos diferentes, aunque estén relacionados con la libertad personal. Para determinar cuál es el alcance de la potestad legislativa en los aspectos relacionados con la libertad personal es necesario entrar a ponderar los principios o los intereses constitucionales en juego en cada caso¹⁷.

Como se desprende de una interpretación sistemática del artículo 28, salvo la detención administrativa, y la aprehensión en flagrancia (C.N. art. 32), la acción material mediante la cual el Estado priva a las personas de la libertad requiere que previamente una autoridad judicial competente haya resuelto imponer una pena privativa de la libertad o una medida de seguridad, o dictar un mandamiento escrito para asegurar su comparecencia al proceso, la integridad de las pruebas, o para proteger a la comunidad frente al procesado (Corte Constitucional, 1997).

A su vez, para que una autoridad judicial pueda privar de la libertad a un individuo es necesario que existan motivos fundados que, ponderados, prevalezcan sobre el interés de garantizar la libertad en el caso concreto. Sólo una vez efectuada dicha ponderación, puede la autoridad judicial adoptar la resolución a través de la cual se puede privar a la persona de su libertad, mediante las formalidades que consagra la ley, bien se trate de una sentencia condenatoria, de una medida que ordene una detención preventiva, o una captura.

¹⁷ En el mismo sentido, la Corte ha interpretado que la obligación del artículo 28 de la Constitución de poner a disposición del juez a la persona detenida dentro de las 36 horas no debe interpretarse de manera rígida en el contexto de un conflicto armado, cuando ello resulta peligroso para la persona detenida o imposible de realizar (Corte Constitucional, 2002a).

Tales resoluciones pueden ser ejecutadas materialmente en cualquier momento, incluso a través de la coacción. De tal modo, mientras estén vigentes, son susceptibles de afectar la libertad personal y otros derechos fundamentales del procesado. Siendo ello así, entre mayor sea el tiempo en que la resolución es ejecutable, más gravosa es la carga que debe soportar quien se encuentra sujeto a ella. Por lo tanto, teniendo en cuenta que la proporcionalidad de una carga depende la importancia atribuida al fin que persigue, la constitucionalidad del término de duración de una resolución semejante depende de su ponderación frente al valor constitucional de los intereses que pretende proteger.

En todo caso, sin embargo, la sola iniciación de una acción penal no comporta una afectación inminente de la libertad personal. En efecto, mientras no exista una sentencia condenatoria, una medida que ordene una detención preventiva, o una captura, no se puede afirmar que hay una resolución estatal que constituya el título mediante el cual el Estado pueda afectar materialmente la libertad individual de una persona. En esa medida, la imprescriptibilidad de una acción penal no tendría como consecuencia automática prolongar en el tiempo la ejecución de una actividad material concreta del Estado tendiente a privar de la libertad individual a un sujeto determinado, ni a agravar la carga que tiene que soportar.

Por lo tanto, contrario a lo que sucede con las garantías contenidas en el artículo 28 de la Carta –salvo, como se dijo antes, el arresto y la prisión por deudas–, la prescripción de la acción penal no puede concebirse como un mecanismo de protección frente a la libertad personal salvo que una autoridad judicial haya

proferido una resolución que tenga la potencialidad de afectar materialmente la libertad personal de un individuo determinado.

Habiendo establecido el alcance de la protección que otorga la prescripción de la acción penal frente a la libertad personal, en particular en cuanto se refiere al artículo 28, pasa la Corte a ponderar los principios e intereses en tensión en la imprescriptibilidad de la acción frente al delito de desaparición forzada.

Si bien tiene un alcance restringido como mecanismo para la protección de la libertad personal, ampliar la prohibición de imprescriptibilidad de las penas a las acciones penales es una garantía del debido proceso frente a la posibilidad de que el Estado ejerza de forma intemporal el *ius puniendi*. No obstante, esta garantía no puede ser absoluta. Su alcance depende del valor constitucional de los intereses protegidos mediante la acción penal específica frente a la cual se pretenda oponer.

Dependiendo del delito que pretenda juzgar, al iniciar una acción penal el Estado busca proteger intereses de diverso valor constitucional. Por esta razón, resulta razonable que el legislador le dé un trato diferenciado al término de prescripción de la acción penal dependiendo del delito. En efecto, esto es posible entre otras razones debido al diferente valor constitucional de los intereses o bienes jurídicos protegidos.

Por supuesto, ello no significa que el único criterio razonable para fijar el término de prescripción de la acción penal sea la gravedad de la conducta, pues dentro del diseño de la política criminal del Estado el legislador puede determinar el término

de prescripción a partir de otros criterios valorativos que desde una perspectiva constitucional sean igualmente válidos a las observaciones de tipo dogmático o axiológico. Entre ellos, pueden considerarse la necesidad de erradicar la impunidad frente a delitos en los cuales resulta especialmente difícil recopilar pruebas o juzgar efectivamente a los responsables¹⁸.

En el caso de la desaparición forzada, la prohibición consagrada en el artículo 12 impone al Estado un deber especial de protección. Este deber implica, a su vez, una ampliación del conjunto de facultades de que dispone el legislador para satisfacer el interés en erradicar la impunidad. Esta ampliación de la potestad configurativa del legislador se traduce específicamente en la facultad para extender el término de prescripción. En primer lugar, por el interés en erradicar la impunidad, para lo cual es necesario que la sociedad y los afectados conozcan la verdad, que se atribuyan las responsabilidades individuales e institucionales correspondientes, y en general que se garantice el derecho de las víctimas a la justicia. En segundo lugar, por el derecho de las víctimas a recibir una reparación por los daños. En tercer lugar, debido a la dificultad que suponen la recopilación de las pruebas necesarias y el juzgamiento efectivo de quienes habitualmente incurren en tales conductas.

Con todo, podría pensarse que existen otros motivos que hacen innecesaria la imprescriptibilidad de la acción penal en relación con este delito y además restan fundamento constitucional a una posibilidad semejante. En efecto, de conformidad

¹⁸ En tal sentido, la Corte (1995) ha dicho: “Como ha quedado expuesto anteriormente, la diferencia de trato entre empleados oficiales y particulares, en materia de prescripción de la acción penal, se justifica por la existencia de la potestad estatal para fijar la política criminal frente a determinados delitos, según su gravedad, complejidad, consecuencias y dificultades probatorias, sin que sea posible afirmar la vulneración del derecho a la igualdad”.

con el artículo 3 de la presente Convención, con el ordenamiento interno colombiano, y con la jurisprudencia internacional, el delito de desaparición forzada es de carácter continuo hasta tanto no se establezca el paradero de la persona desaparecida. En consecuencia, el término de prescripción de la acción empezaría a correr cuando esto ocurra. Así, como en los casos de desaparición forzada es posible que la suerte de la persona jamás se conozca, en la práctica es raro que la acción prescriba. Por otra parte, la iniciación del término de prescripción presupone el conocimiento de la suerte de la persona. Por lo tanto, la imprescriptibilidad no serviría para satisfacer el interés en establecer tal circunstancia.

La Corte considera que la primera objeción no es atendible, pues el alcance del deber de protección del Estado y del interés correspondiente en erradicar el delito, así como el alcance del derecho de las víctimas a obtener justicia y una reparación adecuada, no pueden depender exclusivamente de que la persona aparezca. Este solo hecho, por sí mismo, no en todos los casos facilita las labores de investigación y juzgamiento del Estado. En cuanto a la segunda objeción, resulta innegable que la imprescriptibilidad no ayuda a establecer el paradero de la persona desaparecida. Aun así, subsiste el interés en erradicar el delito y en reparar los daños.

El interés en erradicar la impunidad por el delito de desaparición forzada compete a la sociedad en su conjunto. Como ya se dijo, para satisfacer dicho interés es necesario que se conozca toda la verdad de los hechos, y que se atribuyan las responsabilidades individuales e institucionales correspondientes. En esa medida,

tanto el interés en que se conozca la verdad, como en que se atribuyan responsabilidades individuales e institucionales por los hechos, sobrepasan el ámbito del interés individual de las víctimas. Por el contrario, constituyen verdaderos intereses generales de carácter prevalente en los términos del artículo 1º de la Carta Política.

En efecto, el conocimiento público de los hechos, el señalamiento de responsabilidades institucionales e individuales y la obligación de reparar los daños causados son mecanismos útiles para crear conciencia entre las personas acerca de la magnitud de los daños causados por el delito. En esa medida, son también mecanismos de prevención general y especial del delito, que sirven para garantizar que el Estado no apoye, autorice o asuma una actitud aquiescente frente a tales conductas. Generalmente, la acción penal en los casos de desaparición forzada de personas es un mecanismo a través del cual se establecen responsabilidades institucionales que llevan a que el Estado se sujete al derecho en el ejercicio de la fuerza, y a hacer efectivo el deber de las autoridades de proteger y garantizar los derechos fundamentales.

Podría alegarse, antitéticamente, que además de la libertad individual, las personas inculpadas tienen derecho a un debido proceso sin demoras injustificadas, y en general, están cobijadas por una garantía de prontitud en relación con la administración de justicia. En esa medida, pese a que la iniciación de una acción penal por sí misma no conlleve una afectación de la libertad individual, sí podría conculcar los anteriores derechos.

TENSIONES Y PRÁCTICAS EN LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD:
IMPREScriptIBILIDAD VS. LEGALIDAD EN COLOMBIA

La posibilidad de que se inicie una acción penal en su contra en cualquier tiempo implicaría una amenaza perpetua de tales derechos, con el agravante de que el paso del tiempo disminuye sus posibilidades de defensa, pues el acceso a testimonios, documentos y demás pruebas se vuelve más difícil. Adicionalmente, ni la amenaza de sus derechos, ni la disminución de sus posibilidades de defensa le serían oponibles, pues la iniciación de la acción penal es una labor que corresponde al Estado, y las demoras en que incurra, sólo a éste le son imputables.

Sin duda, la imprescriptibilidad de la acción penal por el delito de desaparición forzada puede afectar los derechos de las personas inculpadas, y puede disminuir sus posibilidades de defensa por la dificultad de acceso a las pruebas. Sin embargo, la demora en cumplir el deber de investigar no es una excusa válida para dejar de hacerlo.

La prontitud, más allá de su función como garantía subjetiva del derecho de acceso a la administración de justicia en favor de los inculpados, cumple un papel como principio objetivo de la función judicial, encaminado al logro de la justicia en favor de todos los que tengan un interés legítimo en el resultado del proceso. Por lo tanto, al operar a favor del sindicado no puede terminar afectando negativamente la finalidad general que persigue. Además, la mediatez temporal de las pruebas afecta por igual a todas las partes en el proceso. En efecto, no se puede afirmar que sea una circunstancia que disminuya las posibilidades probatorias de la parte que se defiende a favor del ente acusador o de la parte civil.

Si la acción penal ha prescrito por la omisión del Estado en el cumplimiento de su deber de investigar y de identificar a los responsables, éste no puede alegar su propio hecho aduciendo la prescripción, y haciendo nugatorio el interés general y el derecho de las personas afectadas de conocer la verdad y a la realización efectiva de la justicia. En esa medida, la prescripción de la acción penal derivada de la desaparición forzada de personas constituye un límite para la realización de los objetivos y valores constitucionales de proteger la dignidad de la vida humana a través de la erradicación de la impunidad. Por tal motivo, el interés en recibir pronta justicia no es un argumento suficiente para fundamentar la interpretación según la cual la Carta prohíbe la imprescriptibilidad de la acción penal en el delito de la desaparición forzada.

Aun así, a pesar de que deba preferirse una interpretación del artículo 28 que maximice las posibilidades de conocer la verdad y de responsabilizar a los individuos e instituciones que tuvieron alguna injerencia en los hechos, ello no es suficiente para sostener la constitucionalidad de la imprescriptibilidad de la acción penal frente al delito de desaparición forzada de personas.

Para ello la Corte debe establecer también la idoneidad y la necesidad de esta medida para lograr los objetivos que con ella se pretenden. Con tal fin, la Corte debe analizar, por un lado, si es adecuada para proteger los bienes jurídicos prevalentes y, por otro, si no existe una medida igual de efectiva, que afecte menos los derechos de las personas inculpadas.

TENSIONES Y PRÁCTICAS EN LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD:
IMPREScriptIBILIDAD VS. LEGALIDAD EN COLOMBIA

Por lo anterior, pasa la Corte a analizar si la imprescriptibilidad de la acción penal es un medio adecuado para lograr los fines propuestos y si estos no se pueden satisfacer a través de mecanismos que afecten menos los derechos del inculcado.

En relación con su idoneidad, podría argumentarse que la imprescriptibilidad de la acción penal es un medio poco eficaz y por tanto no es idónea para proteger los intereses en juego. El paso del tiempo haría demasiado difícil acceder a las pruebas necesarias para determinar lo ocurrido, y la identidad de los responsables. En esa medida, luego de cierto tiempo, la iniciación de una acción penal no sería apta para lograr el objetivo propuesto.

Esta objeción parte de un hecho innegable: en términos generales el tiempo afecta también la posibilidad de conocer la verdad e identificar a los responsables. Sin embargo, frente a semejante objeción es necesario advertir dos circunstancias. Por una parte, resultaría difícil establecer un criterio definitivo para determinar en qué momento la acción penal y el interés en proteger los derechos a la verdad y a identificar a los responsables debe ceder frente a la dificultad que ello plantea. Por otra parte, aunque la dificultad de conocer la verdad sea una realidad en la mayoría de los casos, no es necesariamente así en todo ellos. No se puede aceptar la dificultad para proteger los derechos individuales en la mayoría de los casos como argumento para negar absolutamente su protección. En esa medida, la eficacia variable de la acción penal en el tiempo no significa que su imprescriptibilidad sea inadecuada para proteger el interés general y los derechos individuales a conocer la verdad y los individuos e instituciones responsables.

TENSIONES Y PRÁCTICAS EN LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD:
IMPREScriptIBILIDAD VS. LEGALIDAD EN COLOMBIA

Habiendo establecido que la imprescriptibilidad de la acción penal en el delito de desaparición forzada es un mecanismo idóneo para realizar los intereses que va encaminada a proteger, pasa entonces la Corte a establecer si es una medida necesaria.

Dado que, independientemente del tiempo transcurrido, el Estado tiene las obligaciones de investigar los hechos y de juzgar a los responsables, el análisis debe hacerse teniendo en cuenta la idoneidad de las alternativas de las cuales dispone el Estado para llevar a cabo la investigación. En este sentido, podría alegarse que la acción penal no es el único medio para saber la verdad, identificar a los responsables y reparar a las víctimas. Por lo tanto, debería preferirse otro mecanismo que no afectara tanto los derechos de las personas inculpadas de haber cometido una desaparición forzada. Así, en cuanto tiene que ver con el esclarecimiento de la verdad, puede alegarse que las víctimas del delito tienen la posibilidad de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para reclamar del Estado la reparación directa de los perjuicios causados. Además, este proceso es público, y al serlo, se satisface también el interés general en conocer la verdad e identificar a las autoridades responsables.

Sin embargo, ello no satisface el interés en atribuir responsabilidades individuales. En primer lugar, debido al corto término de caducidad de dicha acción. Por otra parte, a pesar de que en la acción de reparación directa se establecen ciertos hechos, no tiene por objeto determinar quién los cometió, ni atribuirles responsabilidades individuales a las personas. Si bien dentro de dicha acción se debe establecer la responsabilidad del Estado por un daño, no es necesario que

se identifique plenamente a cada uno de los sujetos responsables. En efecto, al margen de la responsabilidad eventual del Estado por la autorización, el apoyo, o la aquiescencia de cometer el delito de desaparición forzada, los sujetos activos del mismo no necesariamente son funcionarios, ni la conducta, en todas sus modalidades requiere una participación del Estado.

De otro lado, también en cuanto tiene que ver con el esclarecimiento de la verdad, la acción de reparación directa no resulta tan eficaz como la acción penal. Así, aun cuando el tiempo puede imponer barreras para el esclarecimiento de los hechos y a la identificación de los responsables, son la Fiscalía General de la Nación y sus órganos adscritos, y no las partes, el juez o los auxiliares de la justicia dentro de un proceso contencioso administrativo, quienes tienen la mayor disponibilidad de los medios técnicos necesarios para sobrepasarlas.

En esa medida, frente a una desaparición forzada de personas, la acción penal es el medio más eficaz para proteger los intereses en juego, y su imprescriptibilidad es un mecanismo que en determinadas circunstancias puede resultar necesario para establecer la verdad de los hechos y para atribuir responsabilidades individuales e institucionales. En tal medida, frente a la garantía de seguridad jurídica y de recibir pronta justicia, es necesario entonces concluir que prevalece el interés en erradicar el delito de desaparición forzada y en reparar a las víctimas.

No obstante, el interés estatal en proteger a las personas contra la desaparición forzada no puede hacer nugatorio el derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas. Por lo tanto, cuando el Estado ya ha iniciado la investigación, ha

identificado e individualizado a los presuntos responsables, y los ha vinculado al proceso a través de indagatoria o de declaratoria de persona ausente, la situación resulta distinta. Por un lado, porque en tal evento está de por medio la posibilidad de privarlos de la libertad a través de medios coercitivos, y además, porque no resulta razonable que una vez vinculados al proceso, los acusados queden sujetos a una espera indefinida debida a la inoperancia de los órganos de investigación y juzgamiento del Estado.

En tales eventos, el resultado de la ponderación favorece la libertad personal. En particular, el interés de la persona vinculada a un proceso penal de definir su situación frente a medidas a través de las cuales el Estado puede privarlo materialmente de la libertad. Por lo anterior, la imprescriptibilidad de la acción penal resulta conforme a la Carta Política, siempre y cuando no se haya vinculado a la persona al proceso a través de indagatoria. Cuando el acusado ya ha sido vinculado, empezarán a correr los términos de prescripción de la acción penal, si el delito está consumado.

Así, como conclusión del análisis precedente, la Corte establece que la regla de imprescriptibilidad de la acción penal por el delito de desaparición forzada, contenida en el inciso primero del artículo 7 de la Convención, no resulta contraria a la Carta Política. El legislador, al adecuar el ordenamiento interno al presente tratado, puede establecer la imprescriptibilidad de la acción para dicho delito. Sin embargo, si el delito está consumado, los términos de prescripción de la acción empezarán a correr una vez el acusado haya sido vinculado al proceso.

TENSIONES Y PRÁCTICAS EN LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD:
IMPREScriptIBILIDAD VS. LEGALIDAD EN COLOMBIA

Entre tanto, en lo que se refiere a la imprescriptibilidad de la pena, deberá aplicarse el inciso segundo que dispone que la prescripción de la pena será igual a la del delito más grave previsto en la legislación interna.

De otro lado, vale la pena traer a colación lo expresado sobre este tema, por la Corte Suprema de Justicia Sala Penal en la sentencia de 21 de noviembre de 2009:

Es factible, entonces, que un delito de lesa humanidad reporte como tal la condición de imprescriptibilidad en su investigación, pero acerca de personas determinadas –individualizadas y formalmente vinculadas– exija el cumplimiento de los términos de investigación y juzgamiento. Debe agregarse, eso sí, como lo señaló el alto Tribunal Constitucional, que en los casos de delitos permanentes –como la desaparición forzada–, ese término prescriptivo no corre hasta que se sepa del destino del desaparecido, porque de acuerdo con el artículo 84 del Código Penal la prescripción debe contarse “*desde la perpetración del último acto*”.

Desde luego, reitera la Corte que esos fundamentos perfectamente son válidos para atender en el caso concreto la evaluación de cualquier delito de lesa humanidad y los efectos que sobre el mismo pueda traer la prescripción de la acción penal y la pena.

De otro lado, acorde con los instrumentos internacionales antes citados, debe señalarse que además de su carácter de imprescriptibles, los crímenes de lesa

humanidad repudian figuras tales como las leyes de punto final¹⁹, amnistías y autoamnistías, y en general, todo tipo de normas que atenten contra los derechos de las víctimas a tener un recurso efectivo que les permita conocer la verdad. Así lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-580 de 2002:

“Figuras como las leyes de punto final que impiden el acceso a la justicia, las amnistías en blanco para cualquier delito, las auto amnistías (es decir, los beneficios penales que los detentadores legítimos o ilegítimos del poder se conceden a sí mismos y a quienes fueron cómplices de los delitos cometidos), o cualquier otra modalidad que tenga como propósito impedir a las víctimas un recurso judicial efectivo para hacer valer sus derechos, se han considerado violatorias del deber internacional de los Estados de proveer recursos judiciales para la protección de los derechos humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1987) consagrados en instrumentos como, por ejemplo, la Declaración Americana de Derechos del Hombre (artículo 18), la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 8), la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 25) y la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”.

Por ello, la Corte llama la atención respecto de hechos delictuosos de enorme gravedad y amplia connotación nacional –valga, apenas para citar ejemplos puntuales, lo sucedido con la toma guerrillera del Palacio de Justicia y el exterminio de los miembros de la Unión Patriótica–, para que su investigación y juzgamiento se adapten a los estándares internacionales hoy vigentes.

¹⁹ Recuérdese lo ocurrido en Argentina con las leyes de punto final que favorecían a los militares por violaciones graves de derechos humanos.

Toda esta referencia a los lineamientos básicos que caracterizan los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, tiene por objetivo definir el contexto en el que pueden encuadrarse los delitos cometidos por los integrantes de grupos paramilitares, entre ellos, los miembros de las autodefensas que en virtud de acuerdos con el Gobierno Nacional se han desmovilizado, punto en el cual parte la Sala de reconocer que tales grupos armados al margen de la ley se organizaron en un principio bajo dos objetivos específicos, a saber, actuar como estructura antisubversiva y como banda de delincuencia organizada con fines de *“limpieza social”*, contexto en el cual, ha de admitirse, cometieron simultáneamente toda suerte de acciones delictivas, así, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y delitos comunes, resultando de suma complejidad el proceso de imputación de delitos.

Así, por ejemplo, una masacre tiene lugar al mismo tiempo en que se portan armas y prendas de uso privativo de las fuerzas armadas o que se usan vehículos hurtados, además de que también se ocasionan torturas, lesiones, secuestros, etc.

No puede perderse de vista en este punto, que si bien el crimen de guerra puede coincidir como delito de lesa humanidad, éste va más allá de la violación de las leyes y costumbres de la guerra, porque lesiona los derechos más fundamentales de la persona humana como ser individual y colectivo. *“Los crímenes de lesa humanidad desarticulan y agravan las bases más vitales de la convivencia de la especie, a tal punto que el concepto de “hombre” como la más clara expresión de*

nuestro existir y coexistir dignamente, está seriamente desconocido y afectado por las manifestaciones de violencia” (Gómez J., 1998, p. 46).

Por eso, desde la perspectiva de la gravedad, si bien es cierto que el desvalor causado por una determinada conducta que al mismo tiempo puede constituir un crimen de lesa humanidad, un crimen de guerra o un delito común, dependerá en última instancia de la naturaleza de los bienes jurídicos individuales afectados, ha de admitirse que cuando ellos coinciden (vida, integridad física, integridad psicológica, libertad sexual, etc), debe considerarse que el desvalor derivado de que la existencia de un conflicto armado haya jugado un papel sustancial en la decisión del autor de llevar a cabo una conducta, en su capacidad de realizarse o en la manera en que la misma fue finalmente ejecutada, no es comparable con el desvalor generado cuando se considera que la conducta formó parte de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil o por ser el medio con el que se pretendió aterrorizar a la población. De ahí que, como lo concluyen los ya citados profesores Héctor Olásolo Alonso y Ana Isabel Pérez Cepeda (2008, p. 166), los crímenes de guerra parecen merecer, en principio, una respuesta penal menos severa que los crímenes contra la humanidad y que los actos de violencia terrorista.

Pero además, no puede desconocerse que la comisión múltiple de delitos que se requieren para alcanzar la categoría de crímenes de lesa humanidad, incrementa la gravedad del delito, porque una víctima que es atacada en el contexto más amplio de un ataque generalizado o sistemático es mucho más vulnerable, en la medida en que se suprimen todos los medios de defensa.

TENSIONES Y PRÁCTICAS EN LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD:
IMPREScriptIBILIDAD VS. LEGALIDAD EN COLOMBIA

Tomando en consideración los anteriores factores relevantes, la Corte no duda en señalar que las graves conductas cometidas por los paramilitares deben enmarcarse, primordialmente, dentro del contexto de crímenes de lesa humanidad, pues el ataque perpetrado contra la población civil adquirió tales dimensiones de generalidad y sistematicidad, que alteró de manera significativa el orden mínimo de civilidad, implicando el desconocimiento de principios fundantes del orden social imperante.

Los asesinatos, torturas, masacres, desapariciones, desplazamientos forzados, violaciones, y en fin las múltiples violaciones sistemáticas a los derechos humanos confesadas hasta el momento por los desmovilizados de esos grupos armados que han sido escuchados en versión libre en el trámite del procedimiento señalado en la Ley 975 de 2005, no dejan duda de que se configuran las características esenciales que delinean los crímenes de lesa humanidad, en los términos aquí analizados.

Y es a partir de este reconocimiento que es posible imputar el delito de concierto para delinquir agravado, que no se encuentra dentro de las categorías tipificadas en el capítulo de los delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, cuando, como se dijo recientemente en el caso de Wilson Salazar Carrascal, alias “El Loro”, se trata del comportamiento delictivo central, ya que las actividades criminales objeto de atribución en el marco de la Ley 975 de 2005, responden a fenómenos propios de la “*criminalidad organizada*” y de “*violaciones sistemáticas y generalizadas de derechos humanos*”.

Y resulta lógico que esa conducta no se encuentre dentro de la categorización de los delitos contra personas y bienes protegidos, porque el derecho internacional humanitario, entendido como el conjunto de normas que regulan el comportamiento de las partes contendientes durante un conflicto armado, tiene como fin último la *limitación*, que no la sanción de los conflictos armados, obligando en la misma medida a todas las partes contendientes, con independencia de quién inició el conflicto y de las razones que lo suscitaron.

En consecuencia, excluida toda distinción que tenga su origen en la presunta responsabilidad de alguna de las partes contendientes en la iniciación del conflicto armado, cualquier presunta violación del derecho internacional humanitario debe analizarse a la luz de los estándares establecidos por el mismo. De esa manera, sólo las infracciones más graves del derecho internacional humanitario, denominadas “crímenes de guerra”, dan lugar a la responsabilidad penal individual de sus autores, quedando por fuera la sanción de otras conductas que a la luz de esas normas no configuran delito.

La solución al problema jurídico planteado es de complejas dimensiones, ya que lo que está en juego es la aplicación de normas que sancionan las violaciones graves al derecho internacional humanitario frente a normas que sancionan delitos comunes que pueden enmarcarse dentro del contexto de lesa humanidad, pues aunque no son incompatibles, no puede a la hora de efectuarse la adecuación típica de los hechos juzgados, ubicarse unas conductas dentro del contexto especial del Título II,

capítulo I del Código Penal, y otras, ocurridas en el mismo contexto, por fuera de él, sin una argumentación válida que lo justifique²⁰.

Además, la Corte Suprema de Justicia – Sala Penal, expresó en el auto sobre el caso la “masacre de Segovia” con fecha 13 de mayo de 2010, lo siguiente:

El análisis que aquí corresponde, se limita a determinar si una conducta cometida con anterioridad a la expedición de la Ley 599 de 2000, puede ser catalogada como punible, Vgr, bajo la descripción del delito de genocidio, aún cuando este tipo penal no se había consagrado en la legislación penal interna, pero la misma encuadra dentro de las exigencias de tratados internacionales que obligan que su tipificación sea como tal y no como otra conducta, aunado a la posibilidad de que frente a la misma no se pueda hablar de prescripción de la acción penal, en atención a su definición como delito de “lesa humanidad”.

El primer problema que se encuentra se refiere a la última posibilidad planteada, pues, de conformidad con el inciso final del artículo 28 de la Constitución Política Colombiana, expresamente se establece que, en ningún caso podrá haber penas imprescriptibles. Otro problema que se avista, está relacionado con la posible violación del principio de legalidad, al pretender investigar a una persona por la comisión de una conducta punible que no estaba consagrada en una ley interna preexistente al acto que se le imputa, en concomitancia con el artículo 29 de la Carta Política.

²⁰ Mucho menos, si, como ya se anotó, recurrir al Derecho Internacional Humanitario, implica necesariamente reconocer que algunas conductas no son delictuosas (entre otros, el ataque a las fuerzas armadas, si les tiene como una parte del conflicto), por entenderse connaturales a las hostilidades.

Esta dicotomía se puede resolver de la siguiente forma:

1. La vulneración al principio de legalidad no se presenta, pues, la preexistencia de Tratados Internacionales que rechazan y prohíben la comisión de las conductas, permite salvar dicha situación.
2. En cuanto a la prescripción, para un caso concreto, no habría necesidad de pretender la inoperancia de la misma, toda vez que al hablarse Vgr de genocidio, se requieren 30 años para que la acción se extinga, atendiendo a que se trata de una excepción legal taxativa al tiempo máximo permitido de 20 años, conforme a la más reciente normatividad vigente sobre el tema; sin embargo, en tratándose de delitos que constituyen crímenes de guerra o de lesa humanidad, su prescripción no se podría predicar.

Pero estos simples argumentos resultan lacónicos, de cara al adecuado razonamiento que se demanda de la Corporación que asume esta tarea. Por lo anterior, a continuación se procederá de forma clara y detallada a sustentar la posición enunciada.

En este momento es valioso hacer una precisión: Si se trata de conductas cometidas en vigencia de la ley 599 de 2000, es claro que el término prescriptivo se puede extender hasta los 30 años, pero si las mismas se cometieron en vigencia del Código Penal de 1980, dicho término sólo puede extenderse hasta 20 años, en atención al

TENSIONES Y PRÁCTICAS EN LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD:
IMPREScriptIBILIDAD VS. LEGALIDAD EN COLOMBIA

principio de favorabilidad en la aplicación de la ley, cuando hay sucesión y tránsito de leyes.

Entonces, es claro que la única forma de iniciar o continuar la investigación por una conducta que probablemente constituye Vgr, un delito de genocidio y/o de concierto para delinquir en vigencia del Decreto-Ley 100 de 1980, es argumentando la imprescriptibilidad de la acción penal, con fundamento en los tratados internacionales sobre derechos humanos reconocidos por Colombia y aplicables como principios de derecho internacional.

Por tanto, se debe acudir a lo ya referido por la Corte Constitucional mediante sentencia No. C-225 de 1995, sobre la prevalencia de dichos Tratados y su interrelación con la Constitución Política de Colombia:

“El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu.

En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los

tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts. 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93).

Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores..."

Por lo anterior, es plausible que si bien es cierto, en cumplimiento del principio de legalidad se exige que para que una persona pueda ser juzgada por la comisión de un delito, éste, previamente debe encontrarse reglado en una norma en dicho sentido, no lo es menos que la normativa interna debe ajustarse a lo definido en los Tratados Internacionales y, en ese sentido, armonizarse con los mismos y con la Constitución; razón por la cual, es aceptable que se pueda predicar la aplicación del contenido de dichos instrumentos como fuente de derecho, en atención a la mora del legislador en acoplar las leyes a lo allí definido. En consecuencia, sería posible aplicar el contenido de un Tratado Internacional reconocido por Colombia respecto de algún delito allí prohibido y sancionado, aún sin existir ley interna previa en dicho sentido, sin atentar contra el principio de legalidad.

De manera que, respecto a lo expresado en los párrafos anteriores, se puede concluir que en Colombia, si bien tímidamente se está transformando la línea jurisprudencial respecto a la práctica del principio de imprescriptibilidad, en el sentido de concebir la posibilidad de aplicarlo a plenitud dentro del ordenamiento jurídico; hay serias contradicciones por las limitaciones consagradas en la Carta Política y en algunas sentencias, tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia.

En este orden de ideas, en los siguientes párrafos se traerá a colación la concepción del principio de legalidad que se tiene en Colombia, para confrontar esta manifestación con la del principio de imprescriptibilidad, ya estudiada.

3.2. Principio de Legalidad en Colombia

El principio de legalidad se encuentra reconocido en el inciso 2º del artículo 29 de la Carta Política, así como en el artículo 6º de la misma. De conformidad con tal principio, a toda persona le asiste el derecho fundamental a sólo ser investigada, acusada, juzgada y sancionada penalmente por acciones u omisiones constitutivas de delitos establecidos en la ley.

De esta forma, en un Estado social y particularmente democrático, participativo y pluralista, como es reconocido el de Colombia en el artículo 1º de la Constitución Política, se impone que sólo el órgano legislativo, elegido popularmente y que

representa al pueblo, tiene la facultad de expedir leyes, esto es, le asiste la potestad de determinar las conductas sujetas a sanción, siempre que proceda a definir las de manera clara, expresa, estricta, escrita, inequívoca e indubitable. También le corresponde señalar la consecuencia jurídica asignada a cada supuesto fáctico y establecer el trámite y garantías que en sede de investigación, acusación y condena se deben observar.

A manera de antecedente se tiene que el artículo 4º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 disponía que “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites no se pueden determinar sino por la ley”.

Por lo tanto, esta disposición protege la libertad individual de la arbitrariedad del juez y garantiza la igualdad de las personas; así, en su sentido amplio comprende:

- a) La reserva legal, como expresión de la soberanía popular y del principio democrático (Arts. 1º y 3º C. Pol.), en virtud de la cual la definición de las conductas punibles y sus sanciones, que constituyen una limitación extraordinaria a la libertad individual, por razones de interés general, está atribuida al Congreso de la República como órgano genuino de representación popular, lo cual asegura que dicha definición sea el

resultado de un debate amplio y democrático y que se materialice a través de disposiciones generales y abstractas, impidiendo así la posibilidad de prohibiciones y castigos particulares o circunstanciales y garantizando un trato igual para todas las personas;

- b) La irretroactividad de las leyes que crean delitos o aumentan las penas, para evitar la imposición de sanciones *ex post facto*, esto es, con posterioridad a los hechos, respecto de conductas realizadas en ejercicio de la libertad legítima, de tanto significado en un Estado liberal, cuando no existía ninguna prohibición.

También, el artículo 6º de la Constitución señala que “los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes”, de donde se ha concluido que a los particulares les está permitido todo aquello que no se encuentre expresa y diáfamanamente prohibido, pues no de otra manera se garantiza en virtud del principio de legalidad que los destinatarios de la ley tengan certeza sobre lo prohibido, para que a partir de ello tengan conocimiento de lo que les es permitido y entonces, procedan a regular su conducta.

Ciertamente, el principio de legalidad encuentra parte importante de su desarrollo en los tipos penales, los cuales constituyen formulaciones abstractas e hipotéticas que hace el legislador de los comportamientos que considera lesivos de bienes jurídicos objeto de protección (Corte Constitucional, 2006).

Sobre este tema se ha referido en numerosas ocasiones la Corte Constitucional y ha indicado:

“La conducta punible, el proceso y la pena son las categorías fundamentales del sistema penal. En las sociedades civilizadas cada una de esas categorías debe ser determinada por la ley y debe estarlo de manera cierta, previa y escrita. Cierta, por cuanto debe definirse con certeza el ámbito de las prohibiciones, procesos y sanciones de tal modo que los ciudadanos sepan a qué atenerse en su diaria convivencia.

Es decir, con seguridad deben conocer qué comportamientos no están permitidos, a qué reglas procesales se somete la persona a la que se le impute una conducta prohibida y cuáles son las consecuencias sobrevinientes en caso de ser encontrado responsable de ella. Previa, en cuanto se trata de decisiones normativas que deben ser tomadas por la ley antes de los hechos que generan la imputación penal. Esto es, las normas que configuran las conductas punibles, los procesos y las sanciones deben estar predeterminadas. Y escrita, por cuanto se trata de normas con rango formal de ley, es decir, para la predeterminación de la conducta punible, el proceso y la pena, existe reserva de ley.

El estricto respeto del principio de legalidad del delito, el proceso y la pena, tiene varias razones de ser. Por una parte, constituye una manifestación del principio de separación de los poderes públicos: A los Estados de derecho les repugna la idea de que quien tiene el poder de reglamentar la ley o de ejecutarla, tenga también la

facultad de promulgarla y esto es así desde el surgimiento de la modernidad política.

Por otra parte, la determinación legal del delito, el proceso y la pena por parte de la instancia legislativa, asegura que las decisiones que se tomen respecto de esos ámbitos, tan ligados a los derechos fundamentales de la persona, sean tomadas luego de un intenso proceso deliberativo en el que se escuchan todas las fuerzas políticas con asiento en el parlamento. Así, al ciudadano se le otorga la garantía de que las leyes que regulan su existencia han sido expedidas con el concurso de sus representantes.

Finalmente, el estricto respeto del principio de legalidad en esas materias es también una garantía de seguridad jurídica: Se desvanece el peligro de que las prohibiciones, los procesos y aún las penas, por no estar específicamente determinados, sean urdidos sobre la marcha y, en consecuencia, acomodados a las urgencias coyunturales que asalten a sus reglamentadores o ejecutores (...)”²¹.

Por último, es necesario mencionar que en el campo internacional, el citado principio ha sido consagrado en el art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1948), el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1966), aprobado en Colombia por la Ley 74 de 1968, y el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos

²¹ Sentencia C- 101 de 2004, Magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño; aclaración de voto de Jaime Córdoba Triviño, Clara Inés Vargas Hernández, Alfredo Beltrán Sierra y Rodrigo Escobar Gil; salvamento de voto de Marco Gerardo Monroy Cabra.

Humanos (Pacto de San José, 1969), aprobada en Colombia por la Ley 16 de 1972²² (Corte Constitucional, 2005).

Ahora bien, en este contexto es importante precisar las tensiones que se presentan entre los dos principios, a efectos de proporcionar elementos de juicio razonables útiles para la solución de casos difíciles.

3.3. Tensiones de los principios de imprescriptibilidad y legalidad de los crímenes de lesa humanidad en la práctica jurídica colombiana

Colombia es un Estado Social y Democrático de Derecho fundado en el respeto por la dignidad humana (Constitución Política, artículo 1), lo cual hace referencia a que el hombre ya no es considerado como un objeto, sino como un fin en sí mismo, que puede determinarse y desarrollarse en libertad (Kant I., 2002).

En este contexto, es necesario mencionar que, pese a no tener un criterio jurisprudencial unívoco respecto a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, en la Constitución se ha consagrado que no pueden existir penas imprescriptibles (art. 28), y así lo han ratificado algunas sentencias de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, las cuales, sin embargo, están siendo puestas en tela de juicio por una nueva corriente jurídica, que ha adoptado la posición de darle un valor preponderante a lo establecido por el derecho penal

²² Sentencia C- 843 de 1999, Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero; salvamento de voto de Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa. En el mismo sentido, Sentencia C-559 de 1999.

internacional, y al interés de proteger los derechos humanos por la figura del bloque de constitucionalidad.

Y es ahí donde colisiona este principio con el de legalidad, pues están siendo procesadas y sancionadas conductas consideradas como crímenes de lesa humanidad, que se cometieron con anterioridad al establecimiento de la ley que las tipificara, argumentando que estas normas son de *ius cogens* y son aplicables en estos casos, por el derecho consuetudinario.

Sin embargo, la indeterminación de la cuestión jurídica genera un escenario de incertidumbre, en el que pueden verse afectados derechos como el debido proceso, la libertad, entre otros. Además, en el mundo de hoy, dejar a un lado el principio de legalidad en materia penal, es bastante peligroso, teniendo en cuenta la concepción imperante del derecho penal de enemigo, adoptada por la mayoría de Estados tras los hechos del 11 de septiembre. Esto significaría un retroceso en el respeto de los derechos y la garantía de las libertades fundamentales del ser humano.

Conclusiones

Después de lo sucedido durante la Segunda Guerra Mundial, y con el advenimiento del nuevo ordenamiento jurídico internacional consolidado por las Naciones Unidas, se establece la responsabilidad penal de los individuos para sancionar aquellas conductas que atenten contra la humanidad del colectivo, esto es, las acciones más graves y peligrosas que atentan contra los derechos humanos. Así pues, en el marco internacional, se establecieron unos tribunales internacionales temporales para juzgar estas conductas en Alemania, Tokio, Yugoslavia, Ruanda, entre otros.

Pero, sólo hasta 1998 se adopta el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, órgano permanente que tiene competencia para conocer los casos en los que se hayan presentado crímenes de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra y crímenes de agresión, a partir de 1 de julio de 2002. Sin embargo, en países como Argentina y Chile, han sido sancionadas conductas típicas cometidas con anterioridad a que se estableciera y entrara en vigencia este instrumento, teniendo en cuenta la práctica del derecho consuetudinario, el principio de imprescriptibilidad consagrado en los tratados internacionales y la afectación de la humanidad en estos crímenes.

En Colombia, se ha venido transformando la línea jurisprudencial respecto a la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, pues en principio, se consideraba que por el principio de legalidad y el debido proceso establecido en los tratados internacionales sobre derechos humanos y en la misma Constitución Política, no era posible declarar la imprescriptibilidad de los delitos al interior del ordenamiento jurídico. Pero hoy, se está considerando esta posibilidad por las mismas razones que han fundamentado esta situación a nivel internacional (mencionadas en el párrafo anterior).

Sin embargo, de acuerdo al principio de legalidad, no es admisible fuera de los supuestos excepcionales de crímenes de lesa humanidad, que se pueda producir un cambio retroactivo de interpretación de la ley que sea desfavorable, pues entre la ley y su interpretación debe existir una unidad. Si bien el principio de legalidad se ha utilizado como un instrumento más en la lucha universal contra la impunidad de los crímenes de lesa humanidad y de otras violaciones graves de derechos humanos, facilitando la consecución de resultados satisfactorios en este ámbito, estos no hubieran sido posibles de haberse aplicado los conceptos de ley escrita o de ley previa propios de este principio constitucional.

No obstante, el derecho penal internacional puede llegar a producir un retroceso en las garantías del principio de legalidad penal, un principio básico del derecho penal, afectando sus reducciones no sólo a crímenes de lesa humanidad o al derecho penal internacional, sino también al derecho penal en general.

Bibliografía

Abellán Honrubia, V. (1999). *La responsabilité internationale de l'individu*. Rec. Des Cours, vol. 280.

Ambos, K. (1997). *Nuremberg Revisited*. Das BVerfG, das Völkerstrfsrecht und das Rückwirkungsverbot.StV.

Ambos, K. (2006a). *Temas de Derecho penal internacional y europeo*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

Ambos, K. (2006b). *La parte general del Derecho Penal Internacional bases para una elaboración dogmática*. Bogotá D.C.: Ed. Temis.

Anónimo (2010a). *Detienen a Maza por el crimen de Galán*, en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-3575857>, consultado el 26 de marzo de 2010.

Anónimo (2010b). *Defensa del general Miguel Maza Márquez pide su libertad inmediata en el caso de Luis Carlos Galán*, http://www.eltiempo.com/luiscarlosgalan/ARTICULO-WNTILLA_NOTA_INTERIOR-5881929.html.

Blanc, A. (1990). *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*. Barcelona: Bosch Casa Editorial S. A.

Carillo, J. A. (1999). *Dignidad frente a la Barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*. Madrid: Ed. Mínima Trotta.

Cámara de Acusación del Tribunal de Apelación de París (1992). Asunto *Touvier*, Sentencia de 13 de abril.

Carta de las Naciones Unidas.

Centro de investigaciones sociojurídicas Universidad Libre (2003). *Guía para la elaboración de proyectos de investigación en Derecho*. Bogotá D.C.:Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Churchill (1985). *La segunda guerra mundial*. Barcelona: Orbis.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención Europea sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, 25 de junio de 1974.

Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, Resolución 2391 (XXIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 26 de noviembre 1968.

Convenios de Ginebra, 1949.

Córdoba, J. (2001). *Derecho penal internacional Estudio de los delitos de genocidio, de lesa humanidad, y de los crímenes de guerra con referencia al nuevo código penal*. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Corte Constitucional (1993a). Sentencia C-301 de 2 de agosto, Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (1993b). Sentencia C-774, Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional (1994). Sentencia C-176 de 12 de abril, Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (1995). Sentencia C-345 de 2 de agosto, Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (1999). Sentencia C-843 de 27 de octubre, Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (2001). Sentencia C-556 de 31 de mayo, Magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional (2002a). Sentencia C-251, Magistrados ponentes Clara Inés Vargas Hernández y Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional (2002b). Sentencia C-317 de 2 de mayo, Magistrado ponente Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional (2002c). Sentencia C-578 de 30 de julio, Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional (2002d). Sentencia C-580 de 31 de julio, Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional (2004). Sentencia C-101 de 10 e febrero, Magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional (2005). Sentencia C-238 de 15 de marzo, Magistrado ponente Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional (2006). Sentencia C-605 de 1 de agosto, Magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1987). *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (Arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre, Serie A No. 9, párr. 24.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de 8 de julio, párr. 41.

Corte Suprema de Argentina (2005). Sentencia de 14 de junio.

Corte Suprema de Justicia Sala Penal (2009). Sentencia de 21 de noviembre, Magistrado ponente Sigifredo Espinosa Pérez.

Declaración Americana de Derechos del Hombre.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Del Rosal, J. (1950). *Acerca de los crímenes contra la humanidad*. Valencia.

Delmas-Marty, M. (2004). *¿Pueden los crímenes internacionales contribuir al debate entre universalismo y relativismo de los valores?*, pp. 79-91. En Cassese, A. y Delmas-Marty M. *Crímenes Internacionales y jurisdicciones internacionales*. Colombia: Ed. Norma S. A.

Demandt, A. (1993). *Los grandes procesos derecho y poder en la historia*, [trad. castellana de Gavilán Enrique]. Barcelona: Ed. Crítica.

Eissen, M. (1985). *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Ed. Cuadernos Cívitas.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.

García, M. y López, D. (coords.) (2000). *Crimen internacional y jurisdicción universal El caso de Pinochet*. Valencia: Tirant to blanch.

Gil, A. (1999). *Derecho penal internacional*. Madrid: Editorial Tecnos S.A.

Gómez, J. (1998). *Crímenes de Lesa Humanidad*. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Hassemer, W. (1999). *Persona, mundo y responsabilidad Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Valencia.

Huertas, O. y otros (2008). *Formación en Derecho Internacional Humanitario –Aproximaciones para su Comprensión–*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez.

Ibáñez, A. (2003). *El sistema penal en el Estatuto de Roma*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Jaén, M. (2008). *Crisis del principio de legalidad en el derecho penal internacional*. Bogotá D.C.: Ed. Ibáñez.

Kant, I. (2002). *Crítica de la razón práctica*, [traducción del alemán por Miñana y Villagrasa, E. y García Morente, Manuel]. Salamanca: Ed. Sígueme S.A.

Kelsen, H. (1947). *Will the Judgement in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?*. International Law Quarterly, vol. 1, No. 2.

Ley 74 de 1968.

Ley 16 de 1972.

Lirola, I. y Martín, M. (2001). *La Corte Penal Internacional Justicia versus Impunidad*. España: Ed. Ariel Derecho.

Martínez, J. (1955). *Los procesos penales de la postguerra documentos para la historia contemporánea*. Madrid: Ediciones y publicaciones españolas S.A.

Michal, B. (1973). *El proceso de Núremberg*. Tomo I. Madrid: Círculo de amigos de la historia.

Naciones Unidas (1946). Asamblea General, Resolución 95 de 11 de diciembre.

Naciones Unidas (1947). Asamblea General, Resolución 177 (II) de 21 de noviembre.

Naciones Unidas (1954). Asamblea General, Resolución 897 (IX) de 4 de diciembre.

Naciones Unidas (1992a). Consejo de Seguridad, Resolución 764 de 13 de junio.

Naciones Unidas (1992b). Consejo de Seguridad, Resolución 771, S/INF/48.

Naciones Unidas (1993). Consejo de Seguridad, Resolución 808 de 23 de febrero.

Naciones Unidas (1996). Asamblea General, Resolución 51/207 de 17 de diciembre.

Naciones Unidas (1998). *Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, Acta Final de la Conferencia* (A/CONF. 183/10).

Olásolo, A. y Pérez, A. (2008). *Terrorismo Internacional y Conflicto Armado*. Valencia: Tirant lo Blanch.

ONU Doc. A/RES/52/160 (1997).

ONU Doc. A/CONF.183/9, 37 ILM (1998)

ONU Doc. A/CON S.183/2/Add.1 de 14 de abril de 1998.

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Penagos, S. y Sánchez, J. (2007). *El non bis in ídem y la cosa juzgada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Bogotá D.C.: Ed. Ibáñez.

La Rosa, M. (2008). *La prescripción en el derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma SRL.

Rodríguez, C. (2000). *La decisión judicial. El debate Hart – Dworkin*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores.

Rueda, C. (2001). *Delitos de Derecho internacional*. Barcelona: Editorial Bosch S.A.

Sánchez, A. (2004). *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*. Valencia: Tirant to Blanch.

Secretario General de las Naciones Unidas (1993). *Informe presentado de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad*. Documento S/25704 y Add. 1.

Simma, B. (1995). *International Human Rights Law and General International Law: A Comparative Analysis*. En: Academy of European Law (ed.). *Collected Courses of the Academy of European Law*. Vol. IV, Book 2.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2001). Sentencia de 22 de marzo. *Casos Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (1999). Sentencia de 15 de julio.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (2000). *Prosecutor v. Kupreškic et. al.*, Judgement 14.1.2000 (IT -95-16-T).

Trieffterer, O. (1966). *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg*. Friburgo en Brisgovia.

Trieffterer, O. (ed.) (1999). *Commentary on the Rome Statute of the ICC. Observers' Notes, Article by Article*. Baden-Baden.

Uprimny, R. (1995). *La motivación de las sentencias y el papel del juez en el Estado social y democrático de derecho*. Bogotá: Ed. Universidad Nacional, Pensamiento Jurídico No. 4.

Werle, G. (2005). *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant to Blanch.